✠

POR D. FRANCISCO PEREZ MANCEBO, Presbytero, don Alonso Barragan, y doña Maria Barragan, dõ Pedro de Quesada Pancorvo, dõ Francisco de Quesada, y Miguel Perez Mancebo, vezinos de la villa de Linares.

EN EL PLEYTO

CON D. IVANA GARZON DE Godoy, viuda de Pedro Mancebo de la Carcel, vezina de la dicha villa.

SOBRE

LA SVCESSION DE LOS BIENES que quedaron por fin y muerte de don Bartolome Mancebo su hijo, que murió abintestato.

En Granada, en la Imprenta Real. Por Francisco Sanchez, y Baltasar de Bolibar. Año de 1642.

EL hecho deste pleyto breuemente referido, es como se sigue. Murió Pedro Mancebo de la Carcel, marido de doña Iuana, y padre de don Bartolome el año de 1626. auiendo otorgado su testamento, en el qual instituyò por sus vniuersales herederos a Luys, y Bartolome sus hijos, y de la dicha doña Iuana, y por ser menores de catorze años, los substituyó pupilarmẽte por vna clausula, que por que dá motiuo a vna de las dudas deste pleyto, se pone a la letra, y dize assi.

CLAVSVLA.

2 ¶ *Item, mándo, quiero, y es mi voluntad, que si los dichos mis dos hijos murieren sin edad de testar, ò de ellos no quedare sucesion, los bienes que de mi heredaren los aya y herede la dicha doña Iuana de Godoy mi legitima muger, y los goze por los dias de su vida, y por su fin y muerte disponga de los dichos bienes en obras pias, haziendo bien por mi anima, y la suya, y de nuestros difuntos, y le encargo la conciencia para que lo haga, como yo de ella confio, porque esta es mi voluntad.*

3 ¶ Murió Luys dentro de la edad pupilar quedando viuo don Bartolome, el qual despues auiendo salido de ella por que era mayor de catorze años, de que no se duda, murió abintestato.

4 ¶ Pretendieron la posseſsion y sucession de sus bienes don Francisco Perez Mancebo y consortes, actores deste pleyto, por dezir, que ellos eran los deudos mas cercanos de don Bartolome, y de Pedro Mancebo de la Carcel su padre, por ser sus primos hermanos, y que en aquella villa, y en la ciudad de Baeça y su partido, del qual ella era, se obseruaua y guardaua el fuero de Cuẽca, por lo qual, y auer muerto el dicho don Bartolome

lome abiuteſtato, les tocauan y pertenecia todos ſus bienes como troncales, por ſer todos heredados de Pedro Mancebo de la Carcel ſu padre, el qual aſsimiſmo los auia auido de ſu padre y aſcendientes.

5 ¶ Doña Iuana reſpondiò, que la obſeruancia del fuero no era cierta, y que ella como madre legitima dedō Bartolome auia de ſuceder en todos ſus bienes por la l. 6. de Toro, o que quādo por eſte medio no pudieſſe ſuceder, lo auia de hazer por la ſubſtitucion con q̄ ſe hallaua de ſus hijos hecha por Pedro Mancebo de la Carcel ſu marido y padre.

6 ¶ El pleyto ſe fue ſiguiendo, ſe recibiò a prueua, ſe hizieron prouanças, y preſentaró las partes diferentes eſcrituras y papeles, conque el pleyto concluſo, la ſentencia del Alcalde Ordinario con parecer de aſſeſſor, fue declarar por bienes troncales los rayzes, que quedaron por muerte de Pedro Mancebo de la Carcel, en que ſucedió don Bartolome ſu hijo, y tocar, y pertenecer ſegun el fuero q̄ ſe preſentò a don Franciſco Perez Mancebo y conſortes, como a parientes mas cercános de don Bartolome por parte de Pedro Mancebo de la carcel ſu padre. y mandarles dar la poſſeſsion de llos cō los frutos deſde el dia de la muerte de don Bartolome, excepto de vna caſa y huerto que Pedro Mancebo mandó a doña Iuana por los dias de ſu vida, los quales, ella fallecida, bolueſſen a los Actores, o a ſus herederos, imponiendo a doña Iuana perpetuo ſilencio en lo demas q̄ auia pedido.

7 ¶ Deſta ſentencia apelò doña Iuana, la qual pretende ſe reuoque, y los Actores, que ſe cō firme, por las cauſas que quedan referidas. Y para fundar la juſticia de los AA. ſe diuide eſte papel en dos articulos.

8 ¶ En el primero ſe fundarâ, q̄ eſtos bienes ſon troncales, y que pertenecen a los AA. con ſus frutos, y no a doña Iuana en virtud de la ſuceſſion legal que pretende. En

9 ¶ En el segundo, que tampoco pueden pertenecer a doña Iuana por el segundo medio de la substitucion qúe ha propuesto.

ARTICVLO I.

10 ¶ El fuero que la ley 6. de Toro refiere auer en las villas y ciudades destos Reynos no es vno mismo en todas, sino diuerso: reconocio lo Auendañ. *in dict. l. 6. glos. 11. num. 1. ibi: Sed quia ex foris a nostra lege approbatis in quamplurimis Hispaniæ locis diuersas contexturas dari accepimus, erit impossibile attingere veram ipsorum interpretationem, nisi lectis, & consideratis ad vnguem verbis eorum, quia licet omnes pnaratione generali indutrentur, & procederent; scilicet vt bona redeant ad truncum, antiquissima tamen obseruantia modum vnius ab alterius ordine, in quamplurimis locis longe dissimile fecit.* Gutierrez, *libr. 3. pract. quæst. 80. n. 6.*

11 ¶ Y el que en la ciudad de Baeça y villa de Linares se guarda, segun viene en el pleyto cõpulsado de los archiuos de la dicha ciudad por mandado de la justicia, dize assi:

FVERO.

E todo fijo herede la buena de su padre, e de su madre en mueble, y en rayz: e el padre, e la madre hereden la buena del fijo, en mueble: ca el padre non ha de heredar la rayz del fijo que de su patrimonio alcançó; ma es la otra rayz que los parientes en semble ganaren, hala de heredar el padre que fuere viuo, o la madre en todos los dias de su vida si el fijo y indias, empero por quanto a la rayz ha de tornar de fiadores, que la raiz guarde que non se dañe, ma es la rayz que al fijo del patrimonio le alcançare, torne a su rayz aquel dio que el finare.

12 ¶ Este fuero no es el de Sepulueda, por que se diferencia en cosas muy substãciales, sicredimus

dimus eidem Auendaño, qui in *dict. l. 6. glos. 12. n.* 10. refiere el de Sepulueda his verbis: *Otro si, todo ome que huuiere de heredar, assi herede el mas cercano pariente herede, y q̃ sea en derecho assi como la ley manda, e q̃ no sea fecho en barragana, fuera ende si fuere fecho fijo por consejo, aplaciendo a los parientes que auian de heredar el padre, o la madre onde viene el heredamiento, y la rayz a la rayz le torne, onde viene el heredamiento, essos lo hereden como lo deuen heredar.*

13 ¶. Sino el fuero de Cuenca, como dizen algunos de los testigos en la pregunta octaua de la prouança destas partes, cuius meminit & si non referat, Zeuall. *commun. contra comm. q.* 485. *n.* 10. de cuya obseruancia en la ciudad de Baeça, y villa de Linares no se podrà dudar. Lo vno, porq̃ està prouada por estas partes en la octaua pregunta de su interrogatorio con mucho numero de testigos que deponen della de tiempo inmemorial, sin que la otra parte tenga alguna en cõtrario. Lo otro, por las dos executorias de esta Chancilleria q̃ estas partes presentaró la vna del año de 1611. entre doña Eluira Galindo vezina de el lugar de Baños jurisdicion de Baeça con Iuan de Rus Tenorio y otros cõsortes vezinos de la villa de Bayle, sobre los bienes que quedaron por muerte de Martin Galindo Barragan vezino de el dicho lugar de Baños. Y la otra del año de 628. entre Maria Sanchez Portillo y otros cõsortes vezinos de Baeça con Ana de Noguera viuda de Iuan de Portillo vezinos de la dicha ciudad, sobre la sucessiõ de los bienes rayzes que quedaron por muerte de vn hijo de los dichos Iuan de Portillo, y Ana de Noguera, y en ambos pleytos se determinò en cõformidad deste fuero, declarando los bienes rayzes por troncales, y adjudicandoselos a los pariẽtes, con exclusion de la madre de aquel a quien se trataua de suceder. Lo tercero y vltimo, por confession expressa de doña Iuana de Godoy, q̃ aunque en el principio del pleyto negó la obseruancia del fuero, despues lo vino a confessar, presen-

tando dos testimonios de dos sentencias, que en la villa de Linares se pronunciaró por la justicia della, determinando asimismo en conformidad del fuero, adjudicando los bienes rayzes a los parientes del pupilo, aunque pretendió, q̃ por ellas se auian reseruado los frutos para el padre, o madre que auia quedado viuo, que es el fin que tuuo para presentarlas, de cuyo particular mas adelante se tratará.

14 ¶ Vndè, quando fuera necessaria justificar la obseruancia del fuero, en conformidad de lo dispuesto en la misma *l. 6. de Toro in fin. & in l. 1. tit. 28. lib. ordinam.* Y como es comun sentir de los Doctores, vt resoluunt Matth. de Afflict. *in cõstit. Neapol. num. 9.* Roderic. Suar. *in proœmio legũ fori à num. 1.* Dom. Gregor. *in l. 7. tit. 2. part. 1.* verbo, *Paladino.* Burgos de Paz, *in l. 1. Taur. à num. 108.* Mascard. *de probat. concl. 78. num. 22.* Auend. *in dict. l. 6. Tauri, glos. 11. num. 2.* Gutierr. *de iuram. confirm. 1. part. cap. 3. num. 25. & in repet. Authent. sacramenta puberum, C. si aduersus venditionem, num. 66.* Matienç. *in l. 2. tit. 9. lib. 5. Recopil. glos. 2. num. 16.* Azeued. *in l. 3. tit. 14. lib. 4. Recopilat. n. 1. & in l. 3. tit. 1. lib. 2. Recop. n.*

15 ¶ Aqui está prouada la obseruancia muy sobradamente, porque lo viene a estar testibus instrumentis, & partis aduersæ confessione. Testibus, por los muchos que lo deponen, como se ha referido, y aun no era necessario que depusierande tiempo inmemorial, como lo hazẽ; y bastaua que lo hiziessen del vso comun del pueblo en algunos actos que huuiessen visto, aunq̃ fuesse por diez años solamente, *vt ex l. Mella 3. ff. de alimentis & cibarijs legat. l. 2. C. quæ sit longa consuetud.* tradunt Bart. *in dict. l. 2. num. 16. & in l. de quibus, n. 3. ff. de leg.* Baldus, *in l. binos, in fin. C. de aduocatis diuersorum iudicum,* optimè Rodericus Suarez *in proœmio legum fori, num. 11. 12. & 13.* & ibi Valdes eius Additionator, *num. 11.* Dom. Gregor. *in dict. l. 7. tit. 2. part. 1.* verbo, *Paladino.* Burgos de Paz, *in dict.*

l. 1.

l. 1. Tauri, à num. 172. & 219. cum seqq.

16 ¶ Y por autoridad de las dos cosas juzgadas de la Chancilleria, que no solo pudiera seruir de obseruancia al fuero, y prouar la costumbre de suceder segun el, *ex l. 5. tit. 2. part. 1.* pero aun pudieramos pretender, que ellas por si tenia fuerça de ley para induzir el mismo modo de suceder en los casos semejantes, ex *c. in iudicijs*, vers. *Cum in similibus de re iudicata. l. si filius, ff. ad leg. Corneliam, de falsis, l. nam Imperator. ff. de legibus, l. vltima, ff. de officio præfecti prætorio*, quod latè exornat pluribusque comprobat Dom. Castillo, *controuers. iuris, lib. 5. cap. 89. num. 97.* principalmente quando la cosa juzgada es mas de vna, vt cum Cauedo, *dec. 212. 1. part.* idemmet Dom. Castillo aduertit *dict. num. 97.* Y vltimamente confessione partis aduersæ, qua nulla melior probatio dari potest, *l. cum te. C. de probat.* cum vulgaribus, quæ congerit Valasc̃us, *litera C. axiomat. 128.*

17 ¶ Hoc supposito, la duda vendrá á estar, en si para que se digan los bienes troncales bastara que don Bartolome los heredasse de Pedro Mancebo su padre, o si será necessario, que vengan heredados de ascendiente comun de don Bartolome, y de los Actores qué los piden.

18 ¶ Y qúe sea bástante auerlos heredado del padre, aunque no se dé sucesion mas antigua, ni vengan de ascendiente comun. Se prueua: Lo primero, ex eadem *l. 6. Tauri*, donde auiendose dispuesto en el principio, y constituydo por regla general, que en los bienes del hijo, o adquiridos por el, o heredados de sus padres, sucedessen sus ascendientes por su orden, puso luego en el fin: *Saluo en las ciudades, villas, y lugares do segun el fuero de la tierra se acostumbran tornar sus bienes al tronco, o varas, &c.* y la palabra *saluo* es limitacion y excepcion de la regla, *l. si debitor 4. §. si in venditione. ff. pignus vel hipothec. glos. in l. actioni, C. de transact. & in cap. consultationi, de officio delegati*, Menoch. *cons. 134. num. 11.* Gutier. *practic. lib. 1. quæst. 3.*

quæst. 3. num. 13. Auguſtinus Barboſa, *in tractibus, dictione 356. num. 1. & 4.* Y de ſu naturaleza importat repetitionem præcedentium cum eiſdem qualitatibus, cum quibus fuerunt expreſſa, Alexand. *conſ. 99. ſuper primo, num. 9. lib. 7.* Tuſch. *pract. concl. litera D. concl. 368. à num. 1.* Auguſtin Barboſa, *in tractatibus, clauſula 141. num. 2.* Y ſupueſto que la ley en el principio dio la ſuceſsion a los aſcendiétes en los bienes de ſus deſcendientes, ſin requerir que huuieſſen entroncado en aſcendiente comun; en los miſmos terminos ha de tener lugar la limitacion, y eſta razon hizo tanto peſo a Auendaño, que le obligò a confeſſar *in dict. l. 6. Taur. gloſ. 11. num. 20.* que ſe deuian dezir bienes troncales no ſolo los que el hijo auia heredado de ſu padre, ſino los que el miſmo auia adquirido de otra qualquiera parte.

19 ¶ Lo ſegundo ſe prueua ex *l. 10. tit. 6. lib. 3. fori*, donde ſe diſpone, que ſi alguno muriere abinteſtato ſin hijos ni deſcendientes, y no tuuiere padres, ſino abuelos paternos, y maternos, los paternos hereden los bienes que huuo de parte de padre, y los maternos de parte de la madre, de donde ſe ſaca, que los bienes que heredò de los padres ſe tienen por troncales, pues bueluen a los abuelos con aquella diſtincion, aunque no ſe ayan deriuado dellos, ita Auendañ. *in d. l. 6. gloſ. 11. nu. 17. & 18.*

20 ¶ Lo tercero, porque ſi bien ſe conſideran las palabras vltimas de la *l. 6. de Toro*, ibi: *Tornar ſus bienes al tronco, o la rayz a la rayz*, que ſon las que pueden dar motiuo a la pretenſion cõtraria, no lo hazen, antes eſtan comprouãdo la nueſtra, porque el llamamiento legal que hazen de tronco y rayz comprehende todos los que ſon de la familia ordine ſucceſsiuo, aſsi varones, como hembras, por lo menos en Eſpaña, ſegun el vſo, y comun modo de hablar de ella, eleganter Dom. Molin. *de Hiſpan. primog. lib. 3. cap. 4. num. 11.* his verbis: *Ideoque plus certo arbitramur, idem de domo, & ſtirpe*

stirpe, & cipo, quod de familia genere, seu progenie in Hispania, vbi desunt statuta Italiæ cognatos propter agnatos excludentia dicendum, ac resoluendum est, quem sectatur Auend. *in l. 40. Taur. glos. 9. num. 23.* Caldas Pereyr. *de nominat. emphit. quæst. 24. num. 66.* Dom. Perez de Lara, *de cape llan. lib. 2. cap. 3. num. 25.* Franciſc. Molinus, *de pactis nuptialib. lib. 3. quæſt. 24. á num. 187.* Peregrin. *de fideicommiſſ. artic. 22. num. 29.* Dom. Caſtill. *controuerſiarum, lib. 5. c. 93. §. n. 8. & 9.* Luſar. *de ſubſtit. q. 3. n. 48. & 3.*

§ Et dupliciter accipitur, como la linea, y las demas palabras colectiuas que comprehenden muchos grados, vno modo effectiue, ſeu deſcenſiue, y en eſte ſolum comprehendit deſcendentes à communi ſtipite, vnde bona proueniũt; alio modo contentiue, qui non ſolum deſcendentes termci bonorũ, verum omnes agnatos, ſeu cognatos familiæ, in qua ille truncus fuit, continet, & in linea pluribus relatis comprobant Dom. Præſes Valençuela, *conſ. 97. num. 6.* Robles, *de repreſentat. lib. 2. cap. 30. á num. 42.* Dom. Caſtill. *cõtrouerſ. iuris. d. lib. 5. c. 92. n. 48. & c. 93. n. 24.* Y en terminos de eſtos fueros lo reſoluio Mario Giurba, *in cõſuetud. Senatus Meſſanenſis, cap. 12. gloſ. 3. p. 1. n. 4. & 23.*

§ Hoc ſuppoſito bene verum eſt, & libenter fatemur, que ſi huuieſſe deſcendientes de la perſona en quien entroncaron los bienes auian de ſer preferidos, y ſuceder primero en ellos, como perſonas que venian de la linea efectiua, negamus vero, que a falta dellos no ſe deuan admitir los de la linea contentiua, vbi fuit truncus bonorum, porque de iure eſt, que quando falta la vna, ſe admita la otra en las ſucesiones, vt tradũt Curt. iun. *cõſ. 5. n. 10.* Cephal. *cõſ. 213. num. 58. &* poſt alios Gutierr. *lib. 2. canonic. c. 14. n. 54.* D. Caſtill. *lib. 5. c. 93. n. 8. vers. Sexta.*

§ A lo qual no ſe oponẽ las palabras de la ley, *tornar ſus bienes al tronco, o la rayz, a la rayz*, porque el padre de quien fueron los bienes antes que del hijo, a quien ſe trata de ſuceder, fue, y ſe

llama tronco respeto del hijo, y assi iuris intellectu bueluen a el los bienes, desde donde se ha de regular la proximidad para la sucesion en estos estatutos, o fueros, y no del hijo, vt resoluunt Tuschus, *litera P. concl. 955. num. 4.* Aflict. *decis. 347.* vbi Vrsil. *num. 1.* & ex Bart. *in l. cum in testamento, ff. auro & argent. legat.* Grat. *discept. tom. 3. cap. 493. n. 24. & 25.* & cũ alijs Giurb. *in consuet. cap. 11. glos. 6. part. 1. num. 16. & cap. 12. glos. 3. part. 1. num. 24.* ibi: *Cæterum proximitas in filij successione, non respectu eiusdem filij considerandæ est, sed patris, vel matris cuius sunt bona.*

25. ¶ Y en este sentido no hazen repugnancia las palabras de la ley a nuestra sentencia, pues se dà tronco a quien bueluan, y de el se deriua la sucesion, y assi las entendieron ellas, y las q̃ tiene el fuero de Sepulueda, que son las mismas. Roxas, *in epitome successionum, cap. 30. num. 11.* his verbis: *Item verba redeant ad truncum, & radicem, non tantum significant bona, quæ exierunt de trunco, sed etiam quæ de nouo fuerunt acquisita:* (intellige per patrem) *Verbum reddendi dandi etiam significationem continet, l. cum quidam, ff. de legat. 2. l. Lutius, §. 1. ff. de legat. 3. l. verbum reddendi, ff. de verbor. signific. præsertim, quod prædicta bona á patre de nouo acquisita, antequam ad filium peruenerunt, de cuius successione est quæstio fuerunt in potestate paterna, & respectu filij erant in trunco, & ad patrem tanquam radicem & truncum, & per consequens ad consanguineos paternos debent reddi, & hunc arbitror esse verum sensum, & intellectum ad prædictum forũ municipalem.* La misma interpretacion, y por las propias palabras le dieron Ioan. Gutierr. *pract. quæst. lib. 2. quæst. 98.* circa finem. Velazquez de Auendaño, *in dict. l. 6. Taur. glos. 11. num. 18. & 20.* Vbi Ceruantes, *num. 146.* Mar. Giurb. *in consuetud. dict. cap. 12. glos. 4. num. 1.* que reteniendo la especie propuesta de auer sido los bienes adquiridos por el padre solamente, y la inteligencia referida acomodandola a sus costumbres dixo: *Etenim respectu filij erant in trunco, à quo linea effectiua trahit originem;*

nem: ad patrem ergo vel ad matrem, vt ad radicem & truncum, & per consequens ad patris vel matris proximiores debent reddire.

26 ¶ Y si esta inteligencia no se quisiera admitir, y las palabras se huuieran de entender en el riguroso significado que la otra parte pretende, fuera absurdo, y aun impossible; por que si se dize, que el tronco en ellas significa aquel ascendiente comun del que tiene los bienes, y de los que los piden, y quiere tambien, que este los aya gozado, es imposible poder boluerá el, por ser muerto, como se supone, pues los bienes han venido á parar de su persona a la del que murió abintestato a quien se trata de suceder: o caso que se pueda considerar viuo, solamente se podrá verificar en el la sucesion, pero no en los transuersales, porq respecto dellos no se podria dezir, que el tronco boluia al tronco, y la rayz á la rayz, quod nullus vnquam dicere ausus fuit: y tambien se seguiria, que si los bienes adquiridos por vn abuelo, o visabuelo viniesen en su vida a su nieto, o visnieto, y este muriera abintestato, dexando viuos a su padre, y al abuelo, o visabuelo de quien auian procedido sucediera en ellos el tal abuelo, o visabuelo, por ser el tronco de quien ellos auian salido, y no el padre que era mas cercano, cõtra la disposicio de la *l. quod scitis 3. §. fin autẽ, C. de bon. quæ liber.* & quæ ibidẽ tradit Bart. *n.* 1. cõmuniter sequutus, vt per Flor. de Men. *in addit. ad decis. 9. Gũmæ à principio*, Cãcer. *var. to. 1. c. 5. n. 14. & 15.* Giurb. *decis. 111. n. 28.* vers. *Respondeo primo.* & in terminis Auẽdañ. *in d. l. 6. gl. 11. n. 20.*

27 ¶ Lo quarto, porque fuera restriccio demasiada, y estrechar sumamente la sucesio del fuero si se le diera la interpretacio que la otra parte pretende, quod non debet admitti, por que ex veriori sententia estos fueros no se deuen tener por odiosos, sino por fauorables, por que lo es el fin principal dellos, que fue el que los bienes no saliessen de la familia, vt in terminis obseruant

Baldus,

Baldus, *consil. 205. lib. 4.* Ancharranus, *cons. 58. n. 4.* Alex. Raudens. *cons. 55. num. 9. lib. 1. & dec. 47. n. 5.* Fabius de Anna, *cons. 112. num. 114.* Marius Giurba, *ad consuetud. Mesanens. cap. 11. glos. 1. nu. 1.* y lo odioso es el que salgan della, argum. *l. si in emptione 36. ibi: Veluti, quod maiorum eius iussset, ff. de minoribus, l. lex quæ tutores 22. vers. Nec vero do mun. C. de administrat. tutor. l. 1. ff. de priuileg. creditorum, l. qui officij, ff. de contrahend. empt. l. in fundo, ff. de rei vindic.* Y en la ley antigua se prohibió, vt probatur *in c. 25. Leuitici, & in cap. 32. Hieremiæ* in cuius explicatione Diuus Hieronymus ait: *Non erat licitum possessionem de tribu transire ad tribum, nec de familia ad aliam familiam.*

28. ¶ Et hanc nostram sententiam, videlicet, que basta el que los bienes ayan sido troncales, aunque no vengan de ascendiente comun (& si non adductis integre fundamẽtis supra relatis) comprobat in terminis Castillo, *in dict. l. 6. Tauri, in fin.* Roxas, *in epitom. succession. cap. 30.* el qual en el n. 5. pone el mismo caso deste pleyto, y desde el nu. 10. lo resuelue en nuestro fauor, y de la misma manera lo propuso y resoluiò Ceruantes *in dict. l. 6. num. 144.* ibi: *Ratione ergo prædictæ consuetudinis, se se ea offert quæstio, an si pater sua propria industria, plura bona immobilia acquisierit, & moriatur relicta vxore, & ex ea filio superstite, qui filius postea absque descendentibus moriatur, an bona hæc immobilia, quæ pater acquisiuit, quæque filius iam iure hæreditario habuerat mortuo eo filio debeant ad matrem peruenire, tanquam ea quæ ex trunco non descenderint, an potius ad agnatos tanquam bona de trunco? In qua quæstione ea videtur verior sententia, vt bona ad agnatos pertineant tanquam bona de trunco.* Anendaño, *in eadem l. 6. glos. 11. num. 17. & 18.* Gutierrez, *lib. 2. pract. quæst. 98. per totam.* Aiora, *de part. 3. part. quæst. 27. num. 100.* Flores de Mena, *in addit. ad decis. Gamme 9. num. 2.* Azeuedus, & Zeuallos, qui pro nobis possunt adduci cum sed relatos remittant ille, *in l. 1. tit. 8. lib. 5. Recopilat. num. 87.* Is vero *quæst. 485. num. 10.* Siguença, *de*

clau-

clausulis instrumentalibus, verbo, vel, §. trõcales; Giurb. *decis. 111. n. 19.* q̃ hablãdo en los estatutos, o costũbres de Sicilia semejãtes á estos fueros, dixo: *Quod illa verba reddeãt ad trũcũ, seu radicẽ, nedũ significãt bona, quæ exierũt de trũco, sed etiã bona, quæ de nouo fuerũt à patre acquisita, quia respectu filij semper dicũtur de trũco, & ad patrẽ tanquã ad truncũ, & per consequẽs ad proximiores patris debent reddire:* idem tradit in consuetudinibus Mesanensis, *cap. 12 glos. 4. part. 1. à num. 1.* ibi: *Satis est in patris vel matris fuisse stabilia, antequã ad filium peruenirent, de cuius successione est quæstio, vt paterna, vel materna dicantur, neque vlterius inquirendũ est, an ab vlterioribus ascendentibus illa habuerit; filius etenim respectu filij erant in trunco; à quo linea effectiua trahit originem: ad patrem ergo vel matrem, vt ad radicẽ & truncum, & per consequens ad patris, vel matris proximiores debent reddire.*

29 § No obstan los autores y fundamentos que se suelen traer por cõtrarios, que son Burgos de Paz, *cons. 30. num. 3. & 4.* D. Gregor. *in l. 11. tit. 6. part. 4. glos. fin.* Mieres, *1. part. quæst. 40. nu. 15.* Montaluus, *in l. 13. tit. 10. lib. 3. fori,* verb. *de patrimonio.* Porque Mieres en el lugar referido no dixo cosa alguna que tocasse esta materia, y donde dixo algo que puede mirar a ella es en la *4. p. quæst. 19. num. 31.* y tampoco resoluiò nada, porque solamente dixo: *Quæ autem dicanturres patrimoniales notanter explicat Burgos de Paz, cons. 30. num. 4.* Montaluo en el lugar referido no dixo mas de que feudum paternum dicitur illud, quod fuit illius parẽtis, qui fuit primus genitor communium agnatorum, por el *cap. vnica de successione fratrum,* que dixo lo mismo, y es caso distinto, quia non principaliter deciditur ibi, quæ feuda reddeant ad patrimonium, sed quæ sint de patrimonio, vt latius respõdens comprobat Auendaño, *in dict. l. 6. glos. 11. nu. 19.* y el señor Gregorio Lopez *sub dubio* lo dixo tambien, aplicando al fuero la ley de la partida, q̃ dixo: *E aquel es llamada rayz donde descendierõ los otros homes.* Que aunque esto en si sea cierto, no es reso-

lucion precisa de la duda propuesta, y negamos, q̃ los fueros reciban la interpretacion que por ella la otra parte les pretende dar; porque como queda prouado, basta que la rayz y tronco sea, y se cõsidere respeto de el hijo a quien se sucede, sin que sea necessario, que tambien lo sea de las personas que pretenden la sucession: y lo mismo respondemos, si se opusiesse, que los Doctores de el Reyno comunmente resuelven, que en el retracto es necessario, que la cosa que se pide aya sido de ascendiente comun de el que la vendiò, y del que la pide, porque esto es cosa diuersa, y puede proceder en el retracto, en que la *l. 7. tit. 11. lib. 5. Recop.* parece, que requiriò esto pro forma en el principio della: pero no se puede acomodar al tronco en q̃ ay diferente razon, y proceden y militan las que se ponderaron supra à n. 19. conque en terminos de la *l. 6. de Toro*, y del fuero de Sepulueda, y estatutos y costumbres de Italia en que hablan los autores referidos, no parece dudable, que se aya de tener por mas cierta, comun, y verdadera la opinion que defendemos.

30 ¶ Pero quando pudiera tener alguna duda en ellos, no cabe, ni se puede poner en el fuero de Cuenca, y Baeça, que es por donde este pleyto, se ha de determinar, por que literalmente decidió este caso en nuestro fauor, como de las palabras del principio del cõsta, referidas supra num. 11. ibi: *E el padre, e la madre hereden la buena de el fijo en mueble, ca el padre non ha de heredar la rayz del fijo q̃ de su patrimonio alcançó*: y la palabra *patrimonio* en su comun y vulgar significado se dize lo que vn hijo hereda de su padre. Cicero in oratione pro domo sua: *Liberis autem nostris* (inquit) *satis amplum patrimonium paterni nominis, ac nostræ memoriæ relinquemus.* & ex alijs comprobat Ambrosius Calepinus, *litera P. verb. patrimonium*, ibi: *Patrimonium bona paterna, hoc est hæreditas à patre relicta*, & nostri iuris probent testimonia, *l. 2. ff. de his qui veniam ætatis impet. l. quæ tutores*, vers. *Nec vero. C. de administr. tutor. c. 1.*

vbi id expendunt Bald. & cæteri ordinarij *de natura ſucceſſionis feudi in vſibus feudorum, & in l. 7. cũ ſeqq. vſque ad 15. tit. 11. lib. 5. Recopil.* comprobant Anton. Gomez, *in l. 70. Taur. num. 3.* Tiraquelus, *lib. 1. de retract. §. 32. glo. vnic. nu. 101.* Auendañ. *dict. glo. 11. num. 17.* Burgos de Paz, *conſ. 30. nu. 4.* Matienç. *in dict. l. 7. glo. 1. num. 51.* Reſpecto de lo qual el ſentido literal de las palabras del fuero viene a ſer, que los padres hereden los bienes muebles del hijo que muere: pero que en los bienes rayzes q̃ el huuiere heredado de alguno dellos no ſuceda el que quedare viuo, porque los tiene por trõcales, y aſsi claramente ſupone, que no es neceſſario para ello, que vengan de aſcendiente comun, y baſta que ſean heredados del padre.

31 ¶ Y lo miſmo ſe comprueua de las vltimas palabras del fuero, ibi: *Mas es la rayz que al fijo del patrimonio le alcançare, torne a ſu rayz aquel dia q̃ el finare,* porque tienen el miſmo ſentido que las primeras.

32 ¶ Eſta interpretacion ſe haze mas euidente por las palabras que a las primeras ſi ſiguẽ, ibi: *Mas es la otra rayz que los parientes enſemble ganarẽ ala de heredar el padre que fuere viuo, o la madre en todos los dias de ſu vida, ſi el fijo y in dias empero por quanto a la rayz ha de tornar de fiadores que la rayz guarde que nõ ſe dañe,* donde habla de los bienes gananciales adquiridos por marido y muger conſtante el matrimonio, que eſſo ſignifica la palabra *enſemble,* id eſt in ſimul *juntamente*, y eſtà mas claro en el fuero de Cuenca, que eſtà preſentado en vn pleyto de Gaſpar de Roxas con el Capitan don Iuan de Ribera vezino de Caçorla donde ſe obſerua, porque dize, *toda la otra rayz que el padre, e la madre ganaren en vno ha de heredar qualquiera dellos que viua en ello por derecho de ſu fijo, ſi el fijo viuier por nueue dias, e deſpues de la muerte de ſu padre, torne la rayz a la rayz.* Y aunque de los autores del Reyno no ha tocado ninguno eſta queſtion, los eſtrangeros en ſus coſtumbres, y eſtatutos ſemejantes, tiene por llano, que los bienes

nes

nes rayzes gananciales son troncales en la parte del padre, o madre a quien tocaron, vt pluribus relatis comprobat Giurb. *in consuet. c. 11. gl. 3 p. 1. n. 10. & 11. & dixerat decis. 111. n. 28.*

33 ¶ Luego si el fuero calificó por troncales no solo los bienes que el hijo adquirió de el patrimonio de los padres, sino tambien los rayzes que adquirieron constante el matrimonio, no es cosa que puede recibir controuersia, que sean troncales los bienes sobre que se litiga, nam cum habeamus casum clarum statuti nihil est ambigẽdum, Bald. *in l. Gallus, §. si ejus, in 2. notabili, ff. de liber. & posthum.* Corn. *cons. 109. in fin. Inanis enim est disputatio, vbi extat statuti decisio, nec vlterius est inuestiganda ratio, vbi statuti habemus determinationem:* q̃ fue sentencia de Surdo, *cons. 100. nu. 13. lib. 1.* la qual como prueua Stephan. Gratian. *discept. forens. tom. 5. c. 885. n. 8.*

34 ¶ Principalmente auiendo dos executorias de la Chancilleria en que se ha determinado en conformidad de las palabras del fuero, y de esta inteligencia que le auemos dado, vna de doña Eluira Galindo, que pedia el tronco como prima hermana de Martin Galindo, que fue quiẽ murió abintestato, consta de el processo, fol. 346. B. ibi: *Era la parienta mas cercana del dicho Martin Galindo, por ser como era su primo hermano.* Y como cõsta de la primera sentencia, pidiò, y se le mandaron dar por troncales los bienes gananciales de Iuan Galindo, padre de Martin, y los que auia lleuado al matrimonio, y auia heredado de vn tio suyo, aun que ningunos venian de tronco, ni ascendiẽte comun: porque dize fol. 348. B. *que confirma el auto de possession mandada dar a la dicha doña Eluira, en quãto por el le mandò dar la possession de los bienes rayzes que quedaron por muerte del dicho Martin Galindo, conq̃ sea, y se entienda tan solamente de los bienes rayzes que quedaron por muerte de Iuan Galindo, padre del dicho Martin Galindo, que estan en esta ciudad, y su termino, y lugar de Baños, y su termino y Jurisdicion, assi los que lleuò al matrimonio*

trimonio quando casò con doña Maria de Vera su muger, como los que huuo y heredó de Francisco Barragan Clerigo Presbytero su tio, e los que se multiplicaron durante el matrimonio de los dichos Martin Galindo, y doña Maria de Vera, por lo que toca al dicho Iuan Galindo. Et inferius: *Los quales dichos bienes declaro ser troncales, y pertenecer a la dicha doña Eluira Galindo con los frutos de ellos despues de la muerte de el dicho Martin Galindo.*

35 ¶ Esta sentencia se cõfirmò a la letra en vista llanamente, y en reuista pretẽdemos que fue lo mismo, y que la sentencia media que huuo fue de remisiõn, y no determinò en lo que era la dificultad del pleyto, porque entra confirmando la sentẽcia de vista, y añadió: *excepto en quanto a los bienes adquiridos por Iuan Galindo antes del matrimonio, e durante el dicho matrimonio, que no huuo, ni adquiriò de Francisco Galindo, e su muger, padres del susodicho, y en lo mejorado y plantado en los bienes que fueron de los dichos sus padres, y en quanto al modo de liquidar los dichos bienes lo remitimos en discordia a otra Sala.* Y la otra parte dize, que la remisiõn solo fue en quãto al modo de liquidar los bienes, que es lo que se cõtiene en las palabras vltimas.

36 ¶ Pero nuestra inteligencia es sin duda la verdadera, porque desde la palabra *excepto*, hasta el fin no ay mas que vn verbo, y vna determinacion, que es, *lo remitimos en discordia*, y en estos terminos es sin duda, que aquel verbo y determinacion comprehende las dos oraciones, por estar como estan debaxo de vn contexto, y vniformemẽte las determina, *l. iam hoc iure, l. Lucius, ff. de vulgari, l. quamuis, l. hæreditate, C. de impuberum*, & pluribus relatis comprobat latè Dom. Castillo, *tom. 5. controuers. cap. 97.* per totum, præcipuè *num. 34. & 27.*

37 ¶ Y la contraria no se puede sustẽtar, assi porque le obsta la doctrina, y reglas que se hã referido, como porque viniera a no determinar cosa alguna aquella sentencia en quanto a los bienes adquiridos por el padre, y en los gananciales,

y mejorados, que era lo principal del litigio, por que la palabra *excepto* reseruò de la regla general de la sentencia, que auia entrado confirmando la de vista, los bienes adquiridos, y gananciales del padre, que esto importa segun su naturaleza, Azeuedo, *in l. 2. num. 54 tit. 13. lib. 8. Recopil.* Barbosa, *in tract. dict. 356. num. 5.* y quedaran en el ayre estas partes, porque no las determina; y el reseruar, y sacarlas de la regla, no fue darlas a ninguna de las partes que ay diferencia entre lo vno, y lo otro, nam qui reseruat nihil tribuit, Cravet. *cons. 33. num. 17. & cons. 70. num. 6.* Casador. *decis. 2. num. 2. de reseruat.* Marta, *de clausul. part. 1. clausul. 180. num. 1.* Farinac. *decis. 25. num. 8. part. 2. recent.* Barbosa, *clauf. 139. num. 3.* y esto en las sentẽcias es mas preciso por el estilo inconcuso que ay de q̃ las vltimas que alteran las primeras en alguna cosa, aunque no fuesse tan sustancial como esta, la reuocã en ella, y adjudican los bienes a quien los ha de auer, y este estilo inuiolable tiene fuerça de ley, *l. obseruandum, ff. de iudicijs*, præcipué cũ in Curia est introductus, *c. ex literis*, vbi ordinarij *de constitut.* Dom. Paz, *ad ll stili, in Rubr. n. 89.*

38 ¶ Y supuesto que la dicha segũda sentencia no reuocò en quãto a estos bienes la de vista, ni determinò sobre ellos adjudicandolos a ninguna de las partes, de necessidad se à de tener por de remission, y recurrir a la de reuista, la qual cõfirmò a la letra la de vista, aduirtiendo, que aũque entra hablando de plural, ibi: *Fallamos, que las sentẽcias*, es error del que la compulsó, porque en el original q̃ està en el sello y registro dize la *sentẽcia* en numero singular, y se comprueua el error, aũ en la que viene compulsada de las palabras que se siguen, ibi: *Fue, y es buena, justa, y derechamente dada y pronunciada, &c.* conque se vé, que la cõfirmada es vna sola, y esta la de vista, porque la de remission nunca se confirma, ni reuoca, ni es necessario se haga, por que no determina, y assi viene a ser este exemplar preciso en nuestro fauor en los bienes

patri-

patrimoniales, y gananciales, que el hijo hereda del padre.

39 ¶ El de la segũda executoria del pleyto de Ana Noguera con los Portillos, corre con llaneza en fauor desta pretensiõ, y se declararon por troncales los bienes gananciales que el hijo a quien se sucediò auia heredado de sus padres. Cõsta assimismo por testimonio, que està à fol. 420. de vn pleyto seguido en la misma villa de Linares entre Francisco Hernandez de la Portuguesa cõ Alõso de Arroyo, q̃ se declararõ por troncales bienes que no procedian de ascendiente comũ de los parientes que los pedian, y este testimonio està presentado por doña Iuana. Y supuesto, que cõ las palabras claras del fuero concurren dos determinaciones de la Chancilleria, cuya autoridad es tan grande como se dixo num. y vna del inferior presentada por la otra parte, no queda rastro de duda que se pueda oponer cõtra la resolucion del punto en nuestro fauor.

40 ¶ Y assi no importa dezir, que estos bienes se adjudicaron a Catalina de la Carcel, madre de Pedro Mancebo por su dote y herencias en las cuentas y particion que hizo con el, y que por esto exierunt de familia, y dexaron de ser troncales, quia mutatione personæ mutatur natura bonorum, *cap. 1. de iure patronatus*, y se traxeron por lugares en terminos a Barbosa, *in l. post dotem, num. 64. ff. soluto matrimonio*, y à Mieres, *4. p. quæst. 19. num. 23.*

41 ¶ Porque contra esta particion y adjudicacion se ponderã por los actores muchas presunciones y cõjecturas, de que fue fingida y simulada, como son, que la dote de Catalina de la Carcel fue confessada constituyda durante el matrimonio entre ella y Luys Mancebo, siendo el suso dicho incapaz, y que por serlo, auia mandado la justicia, que no pudiesse contraer sin assistẽcia de su muger, y no se alegó nada desto por el dicho Pedro Mãcebo para excluyr la dote, antes dio lugar

a que

a que la madre hiziesse vna prouança sumaria de otras herencias, que dezia auia tenido, y sin cõtradezirla, ni alegar nada contra ella, permitiò se le adjudicassen otros tantos bienes por los que dixo auia heredado, y todo esto se hizo en vn dia, y ver que lo aprouasse con tantos defectos, sin embargo que veya que se quedaua sin hazienda alguna; porque aunque se entregarõ todos los bienes a la madre, alcançaua segun la cuenta en mas cantidad; es euidencia, que el acto fue supuesto y simulado por algun fin.

42 ¶ Y porque como quiera que fuesse la adjudicacion, no se puede considerar, ni tener atẽcion para esta sucesion a la persona de Catalina de la Carcel; porque despues de su muerte boluió a suceder en todos los bienes Pedro Mancebo su hijo, y despues que los adquirió, non vt materna, sed vt filij adeuntis considerandа sunt, *l. sed si plures, §. filio impuberi. ff. de vulgar. l. vltim. in fin. C. de inofficio. testa. glos. in l. 1. §. veteres, ff. de acquirenda possess.* vbi Alexand. & cæteri ordinarij, Bart. *in l. fin. §. 1. num. 1. ff. ad Tertullian.* Afflict. *decis. 178. num. 4.* Vicentius de Franch. *decis. 328. num. 2.* Matienç. *in l. 1. tit. 8. lib. 5. glos. 3. nu. 17.* Mieres post alios, *de maioratib. 4. p. q. 19. n. 10.*

43 ¶ Y assi solamente se deue considerar la persona, familia, y tronco de Pedro Mancebo, de quien inmediatamente passaron los bienes a don Bartolome a quien se trata de suceder, y no a Catalina de la Carcel su abuela; porque persona à qua immediatè bona prouenerunt considerandа est, & non remota, *l si auia vestra 19. C. de donat. l. nõ distinguemus, §. sacerdotia, ff. de arbitr. l. cui, l. cum pater §. donationis, ff. de legat. 2. l. cogi, §. 2. l. qui solidum, ff. ad Trebelian. cap. ferrum, 80. dist.* Ancharr. *cons. 172. num. 1.* Castrens. *in l. quod scitis, num. 2. & 3. C. de bonis, quæ liberis.* Afflict. *decis. 127. num. 2.* & pluribus relatis Gutt. *in consuetud. cap. 11 gl. 4 p. 1. num. 2.* Pinel. *in l. 1. par 1. num. 27. C. de bon. matern.* & huic sententiæ se subscribunt, & latè comprobant Pet. Barbos.

Barbos. & Mieres ex aduerso adductis in *d. 4. p. q.* 19. *n.* 17. & 18. ille vero *in d. l. post dotem* 41. *n.* 76. *ff. solut. matrim.*

44 ¶ Y la duda que el punto tuuo fue, si se auia de considerar el origen de los bienes, y la linea de donde se auian deriuado, o la persona inmediata de quien se heredaron, como se ha referido, porque huuo algunos Doctores que dixerõ que se auia de atender el origen, ex text. *in l. qui id quod, in princip. ff. de donat. l. clam possidere, ff. de adquir. poss. c.* 1. §. *ex eadem de lege Conrad.* y fue original de Bart. *in d. l. quod scitis, C. de donat.* a quien siguieron Decio, *cõs.* 185. *in causa, n.* 3. *in fin.* Roland. *cons.* 76. *n.* 7. *lib.* 3. Tiraquel. *in legibus cõnubialibus, p.* 5. *gl.* 1. *n.* 26. atque ita decisum testatur Gãma, *d. decis.* 9. & alios refert Giurb. *in consuetud. d. c.* 11. *gl.* 4. *n.* 1.

45 ¶ Pero nunca nadie dixo, que la persona media, que ni fue origẽ, ni fin inmediato en la adquisicion de aquel a quien se trata de suceder se aya de considerar para ella, y assi lo reconocen los autores de vna y otra opinió, vt ex Baldo, *in l.* 1. *C. quando non petent partes, num.* 40. refert Philippus Decius, *cons.* 184. *in causa, num.* 3. *in fin.* q̃ este es en mi impressiõ, y no 185. como comũmẽte le citan, ibi: *Quia prima radix, & fundamentum attẽditur, & non curamus, quo tranite feudum descendat; sed quid sit principium,* cuius meminit Barbosa, *in dict. l. post dotem, num.* 45. agnouit etiam Giurba, vbi proximè dixit que Mieres, *dict. quæst.* 19. *num.* 17. ibi: *Et est alia regula singularis, quia in multis casibus in iure non attenditur persona media, per quã adquiritur aliquid, sed ea, quæ vltimo loco adquiritur.*

46 ¶ Y respeto de ambas opiniones habemus intentum, y viene a quedar excluyda Catalina de la Carcel, porque si se atiende a el vltimo extremo, y causa inmediata de la sucesion, como latamente en el discurso desta informaciõ queda fundado, y es la verdad de la materia, lo fue Pedro Mancebo de la Carcel en quien entrõcaron estos bienes respeto de don Bartolome su hijo, porque

a el se sucedió, y no a Catalina de la Carcel su abuela: y si segun la otra opinió (aunque es menos seguida y prouable) se quisiesse atender al origé de los bienes, tampoco lo fue la dicha Catalina de la Carcel, porque fueron de Luys Mãcebo su marido, el qual los heredó de su padre y abuelo, que vinieron a ser ascendientes comunes destas partes, y desto ay algunos testigos de afirmatiua de vista, y muchos de oydas, y siendo hecho tan antihuo, que a penas huuo quien alcãçasse a conocerlos, el derecho se contentó con prouança aunque fuesse de oydas, vt alij relatis en los terminos del tronco, lo resuelue en terminos Giurba, *in consuetud. d. c. 11. gl. 4. n. 5.*

47 ¶ Quo supposito, no solo no obstan las autoridades de Mieres y Barbosa en los lugares referidos supra num. 39. sino que vienen a ser expressos en nuestro fauor, porque suponen, que el hijo a quié se trató de suceder en virtud del fuero y tronco, auia heredado los bienes inmediatamente de la madre, y que ella los auia auido de su marido, constat ex Mieres, *dict. quæst. 19. num. 23.* ibi: *Quod si pater reliquit vxori tertium & quintum, & hæc bona simul cũ alijs filio superstiti reliquit, de cuius postea mortui successione contendunt auus paternus, & auus maternus, debent considerari, tanquam prouenientia à linea materna, à qua immediatè prouenerunt.* Y las mismas palabras puso Barbosa, *d. n. 74.* y si se tratara desta sucesion y pleyto en la persona de Pedro Mancebo, que sucediò en los bienes a su madre, fuera ajusta da la doctrina: pero no tratádose sino en la de don Bartolome Mancebo, que inmediatamẽte sucediò en ellos a su padre, y no a la abuela, es notoria la resolució en nuestro fauor, pues afirman, que la causa inmediata se ha de considerar.

En quanto a los frutos.

48 ¶ Suponiendo que estos bienes son troncales, y que pertenecen a los actores, de necesidad

sidad se les hã de adjudicar con frutos. Lo primero, porque les assiste la regla general de q̃ en los juyzios y acciones reales de su naturaleza vienen o se deuen adjudicar a aquel por quien se declara la propiedad, como efectos della, *l. Iulianus 17. in princ. & in §. idem Iulianus, l. prætere a 20. ff. de reiuendicat. l. domum 5. l. si fundum 17. C. eodem tit. §. & si in rem, & §. & si hæreditas, Instit. de officio iudicis*, idem enim iudicatur de fructib⁹, ac de fundo à quo procedunt, *l. fin. §. fructus, & §. non solum, ff. de his quæ in fraudem credit.* y a esta que es la regla se ha de estar mientras la otra parte no mostrare excepcion de ella, *l. illud, C. de sacrosanct. Eccles.* cum vulgaribus, quæ congerit Valasc. *lit. R. axiom. 46.*

49 ¶ En terminos destos fueros está tocada la question, y se resuelue, q̃ pertenecẽ a aquellos a quien van los bienes troncales, ita Auend. *in respons. 5. num. 5. verf. Ex ista conclusione*, ibi: *Isto casu fructus nondum percepti dictorum bonorum pertinẽt ad eos, quibus restituenda est proprietas, & non ad alios etiam hæredes patris*, iuncto versiculo sequenti, ibi: *Idem est dicendum in bonis de trunco.* y mas claramẽte Ceuantes, *in l. 6. Tauri, n. 154.* his verbis: *Cæterum contrariam sententiam in terminis nostris veriorem iudicauit, Auendañus, in responso 5. num. 8. vbi affirmat, quod in bonis, quæ debent redidere ad truncum, secundum fori præditam consuetudinem fructus eorum bonorum pendentes, reddire etiam, & debent cum ipsomet fundo* Hermosill. *in l. 28. tit. 5. p. 5. glos. 2. n. 10.* que passa con la misma resolucion, ibi: *Vbi de fructibus pendentibus in bonis truncalibus, loquitur, & ait debere restitui eis, qui sunt de trunco.*

50 ¶ Y en los fueros, o costumbres de Italia se resuelue lo mismo, videlicet, que los frutos pertenezcan a quien van los bienes desde el dia de la muerte de aquel a quien se sucede, vt tradunt Vincentius de Franc. *decis. 374. à num. 1. & 2.* Riccius, *collect. decisionum, 1. part. collect. 126. in fin.* ibi: *Item fructus huius medietatis à quo tempore debeantur? decisum à tempore mortis testatoris, & collect. 159 post*

medium,

medium in, dict. 1. part. ibi: *Et num immediate bonorum antiquorum, quæ virtute cõsuetudinis Neapolitanæ, & si testator debetur agnatis veniant fructus, & á quo tempore? dic á tempore mortis.* Marius Giurb. *ad consuetudines Mesanenses, cap. 12 glos. 3. part. 1. num. 13.* ibi: *Quæstio secunda stabilia an cum fructibus ad proximiorẽ reuertãtur, & à quo die? Respondet Riccius, à die mortis deberi fructus, ex Franciſ. deciſ. 374.* o a lo menos dize, q̃ ſe deueran poſt litis conteſtatum, porque de alli adelante quilibet poſſeſſor malæ fidei iudicatur, *ex l. certũ, C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & litiũ expẽſ.* & alijs iurib⁹, y aſsi dize el miſmo Giurba, q̃ ſe reſoluiò en el Senado en la *deciſ. 111. n. 28. in fin.* vnde, aſsi ſegun los autores del Reyno, como eſtrangeros corre en nueſtro fauor eſta reſolucion.

51 ¶ Y aunque Auendaño y Ceruantes limitaron ſu ſentencia, quando el fuero, o la coſtumbre diſponian otra coſa, ille *d. reſponſ. 5. nu. 5.* verſ. *Idem.* is vero *in dict. l. 6. Taur. num. 159.* ibi: *In hoc tamen articulo id præoculis ſemper ſubſtinendum eſt, quod vſus, ſeu conſuetudo recepit in locis, vbi ille forus obſeruatur, ſi enim conſueuerunt fructus ad truncum reddire id obſeruari debebit, contrariũque dici oportebit ſi reuertere non conſueuerint.*

52 ¶ No nos prejudica en coſa alguna, porque ſi ſe quiere recurrir a nueſtro fuero, determina el punto llanamente en nueſtro fauor, porq̃ ſolo dá los frutos al padre, o madre que queda viuo, de los bienes que ſe adquirieron conſtante el matrimonio, ibi: *Ma es la otra rayz, que los parientes enſemble ganaren, ala de heredar el padre que fuere viuo, o la madre en todos los dias de ſu vida, &c.* Pero en los bienes que hereda del patrimonio del padre, diſpone lo contrario, y que vayan enteramente a los parientes deſde el dia de ſu muerte, como conſta de las palabras vltimas del, ibi: *Ma es la rayz, que al fijo del patrimonio le alcançare, torne a ſu rayz, aquel dia que el finare.* Diſcretiue enim loquutus eſt iſtis duobus caſibus, y lo que en los gananciales concedió, en el otro lo denegó, *l. commodiſsimé, ff. de liberis & poſthum.*

posthum. l. cum Prætor, ff. de iudicijs. Surd. *decis.* 195.

53 ¶ Y si se quiere atender a las prouanças, no ay ninguna por la otra parte contra nuestra pretension a lo menos concluyente, y los AA. no han tenido necesidad de hazerla, por que les assiste la regla de derecho, y las palabras del fuero

54 ¶ Y si se quiere valer de los testimonios de los pleytos y sentencias que estan presentados en este, que es el vltimo recurso que le queda los que pondera en su fauor, son vno de Fracisco Rodriguez Garçon, que està en el pleyto fol. 416. y otro de Gregorio de Iodar, q̃ està fol. 420. escriuanos ambos de la villa de Linares, q̃ los dã, de que en dos pleytos que en la dicha villa, y ante ellos passaron, el vno el año de 27. y el otro el año de 23. se declararon por sentencias del Iuez inferior los bienes sobre que se litigaua por trocales, y se mandaron restituyr a los pariẽtes de la linea por donde venian reseruando el vsufructo al padre por los dias de su vida.

55 ¶ Pero esto ni funda su intento, ni cõtradize nuestra pretension, por ser sentencias del inferior, que no estan confirmadas en la Chancilleria, y ambas apeladas por los parientes a quien se dierõ los bienes, por lo qual no se puede hazer fundamento en ellas, ad tradita per Menoch. *lib.* 1. *præsumpt.* 61. *n.* 4.

56 ¶ Lo segundo, porque ay diferẽte razõ de aquellos pleytos a este, porque alli se reseruò el vsufructo al padre, para que pudo auer mucho fundamento, porque este que por derecho comun tenia en los bienes del hijo, *ex l.* 3. *& ex l. cum oportet, C. de bonis quæ liberis*, ex noto iure & summa æquitate morte filij non finiebatur, sed pœnes patrem remanebat vsque ad mortem ipsiusmet patris, vt caueturexpresse *in l. fin. C. de vsufruct.* quam late exornant Pinel. *in l.* 1. *p.* 1. *num.* 45. *C. de bonis matern.* Matienç. *in l.* 1. *gl.* 3. *n.* 18. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* D. Pichard. *in § finitur, Instit. de vsufruct. àn.* 4. Thomas Sanch. *in summa, tom.* 2. *lib.* 7. *cap.* 13. *num.* 39.

y aqui no litiga el padre, sino la madre, que no tiene el vsufructo, y ay en ella muy diferente razõ, & ex diuersis illatio fieri non potest, *l. vltim. ff. de calumniator.*

57 ¶ Lo tercero, por que en los mismos terminos deste pleyto, y en caso que la madre litigò ay executoria expressa de la Chancilleria en nuestro fauor del pleyto entre Miguel de Viana y consortes contra Ana Noguera viuda de Iuã Portillo, sobre los bienes troncales de Iuan Portillo su hijo, de q̃ está presentado testimonio fol. 355. y la sentẽcia del inferior està a fol. 359 en la qual se condenó a la dicha Ana de Noguera en restitucion de los bienes rayzes del tronco con los frutos, his verbis: *Y mas le condeno en que pague a los dichos tios del dicho Iuan Portillo el moço, y primos hermanos del dicho Iuan Prtillo el viejo su marido los frutos, y rentos que los dichos quatro majuelos, y mitad de dos majuelos hunieren y pudieren auer rentado, y rentaren desde la conteſtacion de la demanda hasta la Real restitucio̅*, la qual se confirmó a la letra por sentencias de vista y reuista de la Chancilleria, de que se despachò executoria el año de 628. y a este exemplar se ha de estar, por ser de tribunal superior, q̃ tiene fuerça de ley, vt̃ diximus n. y por ser en terminos deste pleyto.

58 ¶ Lo quarto, por que en los mismos terminos de reserua de vsufructo para el padre en sucesion de tronco, en que hablã los dos testimonios referidos supra num. 53. ay otro exemplar en contra de la dicha villa de Linares de el año de 622. de vn pleyto de Iuan de la Fuente, y otros consortes contra Manuel Lopez de Villamayor, sobre los bienes rayzes que auian quedado por muerte de Pedro Lopez de Villamayor su hijo, q̃ està en el pleyto fol. 367. y la sentencia fol. 370. en la qual se declararon los bienes por troncales, y fue condenado el padre en la restitucion dellos con los frutos, y por ellos seys ducados en cada vn año desde la muerte del dicho su hijo.

De

59 ¶ De que resulta no poderse dezir q̃ ay obseruancia, ni costumbre de determinar en quanto al vsufructo de los bienes troncales, ni aũ en fauor del padre, pues la variedad la excluye, y en estos terminos quando ay fuero, o estatuto; la regla es, que se aya de estar a la letra del, sin hazer caso de las determinaciones contrárias, pues ay otras que le assisten, vt argumento legis, *quæsitum §. si quis eodem, ff. de fundo instructo*; tradunt Bartol. *in l. 2. in princ. ff. solut. matrim. & in l. solent, §. non vero, ff de officio Proconsulis, & in l. 2. num. 43. C. quæ sit longa consuetudo.* Tiberius Decian. *respons. 46. nu. 127. lib. 2.* Afflict. *decis. 347. num. 2.* Alderano Mascard. *de interpret. Statut. conclus. 11. num. 11.* ibi. *Limita sub ampliationem, vt procedat quando non fuisset diuersimode obseruatum Statutum, nam si appareret de varia obseruantia, & modo conformi Statuto, tunc staretur iuri scripto ipsius statuti, nec potest dici abrogatum per non vsum.* Y supuesto que la letra del fuero determina el caso de este pleyto en nuestro fauor, bien podremos esperar que está segura la justicia por todos caminos en el de los actores en este primero articulo.

ARTICVLO II.

60 ¶ Las palabras de la clausula del testamento de Pedro Mancebo de la Carcel, que ocasionan la duda deste articulo se refirieron supra n. y en virtud desta pretende doña Iuana de Godoy, que ha de suceder en los bienes de don Luys, y dõ Bartolome Mancebo sus hijos: en los de dõ Luys, porq̃ murió dẽtro de la pupilar edad, y se verificò en ella la substitucion pupilar, resoluiendose in singularitates: en los de don Bartolome, que es el q̃ vltimamente ha muerto, porque aunque murió fuera de la pupilar edad, la substitucion que el padre hizo no fue solo pupilar, sino tambien compẽdiosa, o fideicommissaria para en caso de nó quedar de los dos hijos sucesion.

61 ¶ Pero por ninguno de estos dos medios puede pretender doña Iuana la sucesion de ninguno de los dos hijos.

Respuesta al primer medio.

62 ¶ No necesitauamos de entrar en las disputas de ambos medios con la resolucio comũ que a estas partes les assiste, de que en los lugares donde se observa el fuero, de que los bienes troncales pertenezcan a los parientes mas cercanos de aquella parte por donde prouienen, la substitucio pupilar del padre no les pueda quitar a los parientes el derecho, que por el estatuto y fuero tienen de suceder en los bienes troncales, y que en ellos han de suceder los parientes, y no el substituto pupilar, porque el padre no pudo hazer quim leges, seu statuta in suo testamento locum non habeãt, *ex l. nemo potest, ff. de leg.* 1. ni priuar a los parientes del derecho que el estatuto ò fuero les dà, argum. tx. singularis *in l. si is qui ex bonis, ff. de vulg. l. si Arrogator, §. sed am impuberi, ff. de adoption.* como en terminos de estatutos semejantes a nuestro fuero lo resuelue, post alios Afflict. *decis.* 310. & ibidem Vrsil. *in addition.* Cancer. *lib.* 1. *variar. c.* 1. *nu.* 16. & 17. Petr. Surd. *cons.* 240. *fere per totum.* Vincent. de Franch. *decis.* 208. 295. & 486. Aloys. Ricc. *collect.* 126. Paschal. *de virib. patr. potest. p.* 1. *c.* 9. *n.* 8. Molfes. *ad consuetudin. Neapolit. p.* 2. *q.* 23. *num.* 4. Giurb. *decis.* 11. *per totam, & ad consuetud. Mesan. c.* 12. *glos. n.* 15. *& seqq.*

63 ¶ Quando esta opinion, que por si tiene tantas autoridades de Doctores tan graues, pudiera tener duda, no la tiene el que doña Iuana de Godoy no pudo suceder a don Luys Mancebo su hijo, que fue el primero que murio en virtud de la substitucion que su padre le hizo: porque aunque murio en la pupilar edad, y la substitucion que el padre hizo fue pupilar, ex verbis illis: *murieren sin edad de testar*, sin embargo que no expressasse, ni la

subs-

ſubſtitucion la hizieſſe mas que en los bienes que del heredaſſen, iuxta tx. *in l.* 1. *§.* 1. *ff. de vulgar. & in l. cum quidam penult.* ibi: *Illum ſibi hæredem eſſe*, *C. de impuber. & aliis ſubſtitut. l. ſi ita, §. cum filio, ff. de bonor. poſſ. ſecundum tabul.* Vincent. Fuſar. *de ſubſtit. quæſt.* 108. & 109. donde reſuelue, que aunque la ſubſtitucion ſe haga ſolo en los bienes del padre, ſe dize, y es verdadera pupilar; adhuc tamen, no les ſucedió doña Iuana de Godoy a don Luys, ſino don Bartolome ſu hermano, por que la ſubſtitucio de doña Iuana ſe hizo para en caſo de morir ambos hijos dentro de la pupilar edad, lo qual no ſe verificó, por q̃ don Bartolome murió fuera della.

65 ¶ Para cuya confirmacion, y mas clara inteligencia de la materia, ſe deue aduertir, que en la queſtion de nueſtro punto, videlicet, *Vtrum ſubſtitutio pluribus facta reſoluatur in ſingularitates, at vero verificari debeat in perſona omnium, vt ſubſtitutus admittatur*, importa mucho el ver que genero de ſubſtituciones, nã aut eſt vulgaris, aut fideicommiſſaria, vel pupillaris.

66 ¶ En la vulgar quamuis ſimpliciter ſubſtitutio pluribus fiat, no ſe reſuelue in ſingularitates, ſed neceſſe eſt, quod in omnibus verificetur, y que aſsi ninguno de los primeros inſtituydos ſea heredero, vt ſubſtitut⁹ poſsit admitti, tx. eſt *in l. quamuis* 4. vbi notant Bart. & cæteri cõmuniter, *C. de impub. & aliis ſubſtit. l. quidam teſtamento, ff. de vulgar.* idem Bart. & cæteri ſcribentes, *in l. penult. C. eodem.* Mantic. *de conject. lib.* 4. *tit.* 11. *á n.* 25. *& lib.* 11. *tit.* 5. *num.* 3. Ant. Gom. *tom.* 1. *Var. c.* 3. *nu.* 25. Fuſar. *de ſubſtit. q.* 54. *per totam*, & agnoſcit Ant. Fab. *lib.* 13. *conject. c.* 17. *circa medium.*

67 ¶ En la fideicomiſſaria reſueluen mas comunmente los Doctores, que ſi ſimpliciter pluribus, eſt facta reſoluitur in ſingularitates, *ex l. vltim. §. filium, ff. de leg.* 2. *l. Lucius* 78. *§. Caio, ff. ad Trebel. l. hæredes mei* 57 *§. cum ita, ff. eodem*, Fuſar. *de ſubſtit. q.* 473. *fere per totam, maximé á n.* 22. Ant. Fab. *lib.* 13. *conjectur. cap.* 20. *columm.* 3. verſ. *Quod ſi te-*

ſtator non dictione collectiua vſus ſit.

68 ¶ Y eſto, o porq̃ la plurilidad ſe reſuelue in ſuas ſingularitates tanquã reſpiciens diuerſos effectus, *ex l. falſa 33. §. vlt. ff. de condit. & demonſtr.* vel quia teſtator in fideicommiſſaria cum hæredibus loquendo, ſicuti ſingulorum fidem in ſingulorum portionibus ſecutus eſſe intelligitur, ita in cuiuſque portione propriam diſtinctãque conditionem adſcripſiſſe videtur, vt colligitur ex *d. l. fin. §. filium, ff. de leg. 2.* ibi: *Vt quod vobis legaui reſtituatis poſt mortem, d. l. Lutius 78. §. Caio,* ibi: *Fidei autem veſtræ modo Caii Sei, & Luciæ Titiæ, vti poſt obitũ veſtrum reddatis reſtituatis, &c.* Et obſeruauit elegãter Alberic. *in l. cum quidam pen. num. 1. & 2. C. de impub. & alijs ſubſtitut.* & eo non relato Anton. Fab. *d. lib. 13. coniect. c. 20. colum. 3.*

69 ¶ En la pupilar, que es nueſtro caſo es concluſion certiſsima y indubitable, que ſi la ſubſtitucion ſe haze a dos, o mas hijos, es neceſſario, que todos mueran intra pupillarem ætatem, vt ſubſtitutus admittatur, y aſsi aunque el primero muera intra pupillarem ætatem, ſi el vltimo (vt in noſtra ſpecie) muere in pubertate, ni en la porcion deſte, ni en la del primero ſucederá el ſubſtituto pupilar, vt apertiſsimé probatur *ex dict. l. cũ quidam penult. C. de impub. & alijs ſubſtitut.* vbi notãt gloſ. Cinus, Bartol. Baldus, Angel. Salicet. & cæteri communiter idem Bart. Caſtrenſ. & cæteri *in l. hæredes mei, §. cum ita, ff. ad Trebel.* vbi maximè Ripa, Socin. iun. *n.* 80. & Hieronym. Zancus, *n.* 915 *cum ſeqq.* Ant. Gabriel, *commun. opin. tit. de ſubſtit. conc.* 3. Mantic. *de coniect. lib. tit.* 15. *n.* 10. Peregrin. *de fideicom. art.* 13. *num.* 22. *& 56. & art.* 12. *nu.* 61. Alex. Trentacinq. *de ſubſtitut. p.* 2. *cap.* 6. *à num.* 5. Zeuall. *commun. q.* 615. *per totã*, Aton. Gom. 1. *tom. var. cap.* 5. *num.* 21. D. Couarr. *in cap. Rainuntius, de teſtam. §.* 8. *num.* 5. Emanuel Acoſta, *in cap. ſi pater, de teſtam. lib.* 6. 1. *p.* verb. *ſi vtrumque, nu.* 6. *& ſeqq.* Vincent Fuſar. *de ſubſtit. q.* 162. *à n.* 8. Y aunque ſe ſuele alegar por la opinion contraria a Menchac. *de*

ſuc-

succes.progres.§.25.n.50. Mirado con atencion, lingue nuestra opinion, y solo se aparta della, quando el hermano que queda no puede suceder abintestato.

70 ¶ Y aunque en la especie de la *l.penult. C.de impub.& aliis substit.* interuinierõ dos razones. La vna, el rigor de las palabras colectiuas, ibi: *Si vterque impubes decesserit.* La otra, la verosimil mente del padre, que parece quiso, que muriendo vno de los dos hijos, le sucediesse su hermano, y no el substituto pupilar, como parece se insinua ex verbis illis: Cogitasse enim patrẽ primo filio decedẽte fratrum suũ in eius portione succedere, vt animaduertũt Bart. ibidem *n.*2. Alberic. *n.*1. Bald. *n.*3.& 4. Castrens.& Ias. *n.*4.& cæteri cõmuniter.

71 ¶ Lo cierto es, que en la substitucion pupilar, aunque no se haga con palabras colectiuas, sino simpliciter, *si filij mei decesserint intra pupillarem ætatem*, basta la verosimil mente, y voluntad que se presume en el padre, de que quiso, que el vn hijo se sucediesse al otro, antes que el substituto entrasse, para que el substituto nunca se admita, si no es verificandose la condició en ambos hijos, vt expresse colligitur *ex l.qui duos 42. ff.de vulg.& pupil.substitut.* conducit text. *in l.si quis ita, ff. de verbor.oblig.* & defendunt Acurs. *in l. si pater 25.* verb. *substituerit, ff.de vulgar.* Bald. *in d.l penult. C.de impub. & aliis substitut. num.*12. Salicet. *num.*6. Fulgos. *nu.*6. subiiciens: *Quod verborum significatio, & mens testatoris, & ratio illius legis refragatur: propria verborũ significatio, nam vno mortuo non stitit cõditio substitutionis, sicut enim oratio vniuersalis ex vno non impletur, ita, & pluralis indefinita ex vno non verificatur*, vt *l. vbi numerus, ff.de testib. & expressum in l.siis qui ducenta, §. vlt. ff.de verb.dub. & l.fin ff.si quis in ius vocat. vnde mens testatoris & contraria, &c.* sequuntur Castrens. & Alexand. *n.*5. Ias. *nu.*5.& 6. Corras. *num.*13. optimé Acosta, *in cap.si pater*, verb. *si vtrumque, num.*6. Ant. Gomez, *tom.*1. *cap.*5 *num.*21. vers. *Si vero fiat simpliciter*, & vers. sequent. D. Couar. *in cap. Raimutius,*

§.8.

§.8.num.5.in fin.de testam. Zeuall.*comm. contr. com. q.615.per tot.* & plurib. adductis Fus.*d.q.162.n.8.*

72 ¶ Pero quando se haze la substitució pupilar nomine collectiuo, procede entonces cõ mayor llaneza, porque es necessario segũ las mismas palabras, que se verifique la condicion en ambos hijos, para que el substituto pueda admitirle, cum propositio, aut oratio, quę sumitur ex vniuerso, non aliter vera esse possit, quam si in omnibus vera sit, *ex l.si is qui ducenta, §. Vtrum, ff. de rebus dubijs*, y esto claramente se comprueua *ex d.l.penultim. C. de impub.* donde lo notaron la glosa, Alber. Bart. y los demas ordinarios.

73 ¶ Quod adeó verum est, que aun en la substitucion fideicomissaria tienen tanta fuerça las palabras colectiuas, que si se haze con ellas, no se admite el substituto, si no es que la condicion se verifique en todos, ex vi dictionis collectiuæ, nã & id voluisse quisque præsumitur, quod dixit *ex l. Labeo 7. §. id Tubero ff. de supelect. leg.* neque à propria verborum significatione recedi oportet, *l. nõ aliter 69. ff. de leg. 3.* y assi en terminos de fideicomissaria lo resolurieron Bart. *in d.l. cum quidam penult. C. de impub. & alijs substitut.* & ibidem Salicet. *n. 6.* Fulgos. *n. 5.* Alex. *n. 4. circa finem*, & alij communiter, Anton. Fab. *lib. 13. conic. tur. cap. 20.* Emanuel Acosta, *in d.c. si pater*, verb. *Vtrumque. à num. 2.* & pluribus adduct. Fusar. *q. 473. àn. 83. & n. 105. vers. Cæterum alij, & melius tenuerũt cũ numeris seqq. & n. 118.*

74 ¶ Ambas cosas concurren en nuestro caso, conque se ajusta individualmente la decisiõ de la *l. penult. C. de impub.* porque les assiste la verosimilmente del padre, que siempre se presume para con sus hijos, y la propiedad de las palabras colectiuas, ibi: *Item, mando, que si los dichos mis DOS HIJOS murieren sin edad de testar*, que son mas precisas, que aũ la palabra *Vterque* de que vsò *la l. penult.* y manifiestan con euidencia la voluntad del testador, de que solo se admitiesse la madre en caso de

morir

morir ambos hijos sin edad de testar, y aũ se ajusta tambien otra circunstancia, que ponderò Anton. Fabr. *lib.* 13. *coniectur. cap.* 19. *post medium*, de que en la *l penult.* no se dixo, que el substituto sucediesse a los hijos, *sed sibi illum hæredem esse*, como en nuestro caso: *los bienes que de mi heredaren los aya y lleue la dicha doña Iuana de Godoy.* Lo qual segun Ant. Fabro haze, *vt quemadmodum patris vna est hæreditas, ita pater sibi hæredem constituenda si vterque filius impubes decederet, non vtrique filio, sed vnà dumtaxat substituisse videatur, ac proinde nouissimo non priori decedente.*

75 ¶ Y la voluntad de Pedro Mãcebo de la Carcel aun se haze mas notoria, considerando, que solo quiso se admitiesse doña Iuana de Godoy su muger, en caso de faltar totalmente su sucesiõ ibi: *ò de ellos no quedare sucesion.* De suerte, q̃ claramente se conoce, que aunq̃ el vno de sus hijos muriesse dentro de la pupilar edad, quiso no se admitiesse doña Inana, sino solo en defecto de ambos, y verificandose en ellos la condicion que puso, y aũ entonces no la llamó absolutamente, sino por los dias de su vida, y que despues dispusiesse dellos en obras pias, lo qual no pudiera tener efecto, aũque el vno de los hijos muriesse dentro de la pupilar edad si el otro quedaua viuo, por que este necessariamente auia de suceder en los bienes, y no pudiera aunque quisiera doña Iuana disponer dellos en obras pias, priuando al hijo que quedaua viuo de sus legitimas: ergo ex omnibus nostræ clausulæ verbis manifestissimè apparet testatoris volũtas, & cum ipse se declarauerit nullus relinquitur dubitationi locus, *l. cũ pluribus*, ibi: *Nisi ipse testator ex sua scriptura manifestissimus esset, ff. de leg. 1. l. ex facto, ff. de vulgar. l. cum de indebito, ff. de probat.* ibi: *Nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanauit, pro quibus eandem conscripsit, l. omni nouatione, C. de sacrõs. Eccl.* Bald. *conf.* 458. *n.* 2. *volum.* 3. subiiciens: *Quoniam vbi ille, qui est causa efficiens & formalis interpretatur se ipsum, non est opus alio interprete, seu extrinseco intellectu.* Aym. Crauet. *conf.* 384. *n.* 9. Simon de Præt. *cõs.* 65. *n.* 35. *vol.* 1.

76 ¶ A que no obstaràn los textos *in l. fi. §. filium, ff. de legat. 2. l. Lucius* 78. *§. Caio, ff. ad Trebel.* porque hablan en la substitucion fideicomissaria, por la razon particular que referimos sup. n. y que de sus mismas palabras, como alli aduertimos constat, quod fides cuiuslibet hæredũ, vel legatariorum fuit secuta, & quilibet eorũ grauatus censetur restituere suam portionem.

77 ¶ Neque etiã oberit, *l. hæredes mei* 57. *§. cum ita, ff. ad Trebel.* porque habla tambien en la fideicomissaria, y aunque huuiesse palabras colectiuas, justamente respondió Papiniano contra el rigor dellas, q̃ por la voluntad del testador se auia de admitir su nieta Claudiana, no solo por ser persona predilecta, como alli comunmente sientẽ los Doctores, sino porque huuo dos grados de substituciones: el vno fue substituyendo reciprocamẽte el vn hermano al otro si sine liberis decederet: el otro grado fue el de la fideicomissaria, substituyendo a Claudiana para en caso de morir ambos sin sucesion, y aunque parecia que esta substitucion fideicomissaria se hazia a ambos verdaderamente, solo se hazia al vltimo, porque para en caso que muriesse el primero sin hijos, le estaua reciprocamente substituydo su hermano, y assi la substitucion fideicomissaria que despues se hizo solo se podia entender en el vltimo hijo que muriesse sin sucesion, y verificandose en el, poco importa que el primero huuiesse muerto sin hijos, o no, q̃ esto no miraua al vltimo grado de la substitucion fideicomissaria, sino al primero de la reciproca, vt ingeniose perpendit Ant. Fab. *lib. 13. coniect. c. 18.* y antes del Oldrad. prout refert Salicet. *in l. penult. n. 2. in fin. C. de impub. & alijs substitut.*

78 ¶ Pero oponese cõtra lo que hemos dicho por los Abogados contrarios, que la decision de la *l. penult. C. de impub. & alijs subst.* se fundó en la verosimil y conjecturada voluntad del testador, por ser persona predilecta el hermano q̃ quedaua: pero que en nuestro caso cessa esto, porque la substituyda

ſtituyda fue la madre que ſe juzga mas amada que el otro hijo que queda, y que tambien cõcurre el fauor de la pia cauſa, en que Pedro Mancebò mandò ſe diſtribuyeſſen los bienes deſpues de la muerte de doña Iuana de Godoy ſu muger, que eſto ſolo dizen baſtaua para que no procediera la diſpoſicion de la *l. penult.* ex laſ. Socin. iun. Alex. & alijs adductis per Fuſar. *q.* 162. *n.* 38.

79 ¶ Cui tamen obiectioni reſpondetur. Lo primero, que en la ſubſtitucion pupilar mas ſe atiende la afeccion del teſtador, cuya mente cõmo de quien haze la ſubſtitucion hemos de atender, que no la del pupilo, vt firmarunt Bart. *in l.* 2 *num.* 40. *& ſeqq. ff. de vulgar.* & ibi Socin. Sen. *n.* 32. Ripa, *num.* 60. *&* 62. Surd. *conſ.* 31. *num.* 22. *in fin. et num.* 43. *cum ſeqq. lib.* 1. D. Couarr. *pract. cap* 38. *nu.* 2. Menoch. *lib.* 4. *præſumpt.* 39. *nu.* 85. Theſaur. *deciſ.* 65. *n.* 4. Fuſar. *de ſubſtit. q.* 80. vbi inquit hãc ſententiam in iudicando & conſulendo tenendã eſſe.

80 ¶ De donde nace, que en cõcurſo de la madre muger del teſtador, y de qualquiera de ſus hijos ſiempre ſe preſume, que el padre quiſo q̃ antes ſucedieſſen ſus hijos que no ſu muger, & ſic filium præferendum eſſe vxori, como en terminos de la ſubſtitucion pupilar, aũque ſea tacita, videtur probari ex *l. Lucius* 45. *in fin.* verſ. *Aliter ſi eiuſdẽ ætatis. ff. de vulgar.* vbi notat gloſ. donde aun para con el hijo natural ſe admite eſta preſuncion, & & ibidem notat gloſ. verb. *non ad matrem illic forte, ideo quia veroſi nili eſt, quod teſtator filios vxori prætuliſſe voluit,* quam ibi ſequuntur Caſtrenſ. & cæteri communiter, *gloſ. fin. in l. precib. C. de impub. & alijs ſubſtitut.* & illic Bart. Angel. Caſtrenſ. Alex. & alij idem Bart. *in l.* 2. *num.* 44. *ff. de vulg.* & ibi Alex. *nu.* 35. laſ. 42. Socin. Sen. *n.* 30. & Rip. *nu.* 60. Tiraq. *de retract. linag. §.* 11. *gloſ.* 1. *num.* 15. Petr. Greg. *lib.* 42. *ſintag mat. cap.* 19. *nu.* 4. Menonh. *lib.* 4. *præſump.* 39. *num.* 77. Menchac. *de ſucceſ. progreſ. lib.* 2. *§.* 15. *num.* 111. Ant. Gom. *lib.* 1. *variar. c.* 4. *n.* 10. Spino, *in ſpecul. teſtam. tit. de pupil. n.* 33. Zeuall. *q.* 70. *nu.* 4.

verſ.

verſ. *Secundo limita.* his & alijs adduct. Fuſar. *de ſubſtit. q.* 157. *n.* 38. *& ſeqq.*

81 ¶ Lo ſegundo, que antes el argumento ſe retuerze contra la parte contraria, porq̃ aun en la ſubſtitució fideicomiſſaria, q̃ ſimpliciter, & indefinité fit, en q̃ regularmente la pluralidad ſe reſuelue in ſingularitates, vt diximus ſup. n. eſto ſe limita quando ſuperſt perſona prædilecta, q̃ ex præſumpta teſtatoris mẽte excludat ſubſtitutum, vt argum. text. *in l. cum auus, ff. de condit. & demonſt.* text. ſingul. *in l. ſi is qui ducenta* 14. *§. itẽ ſi pater fam. ff. de reb. dub.* tradit Bart. *in l. hæredes mei, §. cum ita. num.* 5. *ff. ad Trebel.* communiter ab omnibus ſequutus, vt apparet ex Fuſar. *de ſubſtitut. quæſt.* 473. *n.* 30. & perſona magis dilecta dicitur illa ſolum, quæ ex de liberis teſtatoris, vt animaduertit Bart. *in d. §. cum ita, num.* 5. Socin. Sen. *nu.* 26. Socin. Iun *num.* 88. Rip. *num.* 132. & alij communiter Pereg. *de fideicom. art.* 13. *n.* 46. Fuſar. *d. q.* 473. *n.* 33.

82 ¶ Lo tercero, que procede cõ mayor razon in noſtra ſpecie, porque conforme a la *l. penult. C. de impub. & alij ſubſt. l. qui duos, l. ex duobus, ff. de vulg. l. qui duos, ff. de reb. dubijs.* El padre quando inſtituye a dos hijos ſuyos, y les dà ſubſtituto pupilar, cenſetur voluiſſe inter filios conſeruare ſucceſsionem ab inteſtato, y como en Linares ſe obſerua el fuero de Cuenca, ſegun el qual en los bienes trõcales el vn hermano al otro ſe ſucede abinteſtato, y no la madre q̃ no puede ſuceder en ellos, id circo ſe ajuſta ſin dificultad la razon de la *l. penult. C. de impub. & alijs ſubſtit.* y demas textos referidos: y no ay duda, que conſiderado el dicho fuero, non ſolum ratione ſanguinis, ſed etiam ſucceſſionis, ſe tienen los hijos por mas predilectos que la madre, pero aun qualquiera pariente del tronco donde han de boluer los bienes, conforme al dicho fuero viene a ſer predilecto, y de mejor condicion que la madre, que en quanto a los bienes trõcales cenſetur omnino extranea, y la volũtad del teſtador no la hemos de regular, tanto por lo diſ-

puesto

puesto por derecho comun, cõmo por el estatuto del lugar donde está, vt in terminis obseruauit Bart. *in d. l. hæredes mei* 57. §. *cumita, ff. ad Trebel. n.* 4. ibi: *Et per hoc dico in terminis huius, §. in locis vbi sunt statuta, quod filiæ, & neptis fœminæ non succedant stantibus masculis, quod talis neptis non admitterent, quia superst nepos ex filio masculo, qui ex præsumpta voluntate defuncti, secundum statuta ciuitatis neptem excludit, per ea, quæ dicta sunt,* sequuntur ibidem Angel. cum Alex. Castrens. & alij Ant. Gabr. *tit. de subst. concl.* 3. *n.* 18. Fusar. *de subst. q.* 473. *n.* 52.

83 ¶ Lo 4. que aunque estè substituyda causa pia, es la mas cierta y verdadera opinió que procede la disposicion de la *l. penult. C. de impub. & aliis subst.* y q̃ assi es necessario que ambos hijos mueran en la pupilar edad, para que la causa pia se admita, vt tradunt Ioan. Andr. *in c. si pater, n.* 4. *de testam. lib.* 6. & ibi Gemi nian. *n.* 12. & Philip. Franch. *n.* 56. eleganter Manuel Acosta, 1. *p.* verb. *si vtrumque. n.* 6. vers. *Mihi autem videtur.* Rip. *in l. hæredes mei, §. cumita, n.* 98. & ibi Hieron. Zanc. *n.* 1104. *& seqq. ff. ad Trebel.* Mantic. *de coniectur. lib.* 11. *tit.* 5. *n.* 28. Alex. Trentacinq. *de substit. p.* 2. *c.* 6 *n.* 25. Peregr. *de fideicom. art.* 13. *n.* 51. Ioseph. de Rust. *in l. cum auus, lib.* 2. *c.* 2. *n.* 62. Fusar. *q.* 162. *n.* 39.

84 ¶ Principalmente quando substitutio non est facta pro male ablactis; Fusar. *d. q.* 162. *n.* 40. Quinimo, que ni aun se señalò ninguna obra pia cierta, ni esto fue para que desde luego se hiziesse, sino solo para que doña Iuana de Godoy después de sus dias dispusiesse dello en obras pias.

85 ¶ Lo 5. que en nuestro caso està clara y manifiesta la voluntad del testador, de que no quiso que doña Iuana de Godoy su muger se admitiesse si no es después de la muerte de sus dos hijos, y auiendose verificadó la condicion en ambos, vt diximus sup. n. conque no dexò lugar a conjecturas, *ex l. continuus, §. cumita, ff. de verb. oblig.* ni a las disputas que por los Abogados contrarios se han querido introduzir.

86 ¶ Opondrase assimismo, que aunque por muerte de don Luys Mancebo, q̃ fue el q̃ primero muriò en la edad pupilar huniesse de suceder don Bartolome Mancebo su hermano, segun la *l. penult. C. de impuber.*

puber.& alijs substitut. esto parece auia de ser por la substitucion tacita pupilar reciproca q̃ entre los dos hermanos se juzgasse hecha, y q̃ la tacita pupilar no excluye a la madre de sus legitimas, *ex l. precibus* S. C. *de impub.& alijs substit.* cum adductis per Fusar. *de substit. q.* 157. *per totam.*

87 ¶ A que se satisfaze. Lo vno, conque la mas verdadera opinion es, que la madre se excluye por la tacita pupilar, vt expresse colligitur *ex l. Lucius* 45. *ff. de vulgar.* donde la tacita pupilar comprehẽdida en la reciproca (que es de lo que se nos opone) excluye a la madre, & ibidem cõmuniter notant omnes DD. y esto no bastara por concluyente satisfacion.

88 ¶ Y lo mismo prueua en la compendiosa la *l. precibus* 8. *C. de impub.* ibi: *Vel expressa, vel compendio,* vt legunt Decius, & Cuiat. ibidem, & Ant. Fab. *lib.* 15. *coniect. c.* 10. Ant. Merend. *lib.* 3. *controu. c.* 39. *á n.* 4. *ad* 8. *vel compendiosa,* vt vulgo legitur.

89 ¶ Y en la tacita pupilar comprehẽdida en la vulgar, que excluye a la madre; lo defienden tambien explicando elegantemẽte la dicha *l. precibus,* y la *l. vltim. C. de institut.& substitut.* que hablan en casos particulares, Fulgos. *in d. l. precibus,* vbi etiam Salicet. Catosaca, & Decius, *in* 4. *notab.* & Curt. iun. *n.* 26. & Maxilius, *n.* 132. idem Fulgos. *in d. l. vltim. C. de institut.& substit.* Gofredus, *in l. iam hoc iure, n.* 8. *ff. de vulgar.* Lancellotus Politus, *de vulg. substit. p.* 6. *n.* 26. Leonius, *de substit. vulg. n.* 118. *& de substit. pupil. n.* 247. Viglius, *institut. de pupil. substit. in princip. àn.* 16. Conan. *lib.* 10. *comment. c. fin. num.* 12. *&* 13. Menchac. *de succes. progres. lib.* 2. *§.* 15. *àn.* 60. *&* §. 16. Ioan. Vaudus, *lib.* 1, *variar. q.* 44. *per totam,* Vaconius à Vacuro. *lib.* 4. *declaration. cap.* 63. *n.* 9. *& seqq.* Goueán. *lib.* 1. *variar. c.* 2. latè Ant. Fab. *lib.* 15. *coniect. c.* 9. *&* 10. *& de errorib. decad.* 33. *error.* 5. optimé Ant. Merend. *lib.* 3. *controu. c.* 39. *&* 40.

90 ¶ Lo otro, conque los mismos de la cõtraria opinion quieren que se excluya a la madre por la tacita pupilar, quando ay conjecturas de volũtad en cõtrario, Ant. Gom. *lib.* 1. *variar. c.* 4 *n.* 8. Trẽtacinq. *de subst. p.* 1. *c.* 12. *n.* 13. Fusar. *d. q.* 157. *n.* 11. y en nuestro caso ay voluntad conocida, vt diximus sup. n.

y tam-

y tambien lo limitan, quando el tacitamente ſubſtituydo és alguno de los deſcendientes, o hijos del teſtador, porque ſe juzga perſona mas predilecta que la madre, como lo reſoluieron la gloſ. fin. *in d. l. precibus*, quam ibi omnes ſequuntur, Ant. Gom. *lib. 1. Var. cap. 4. nu. 10.* & quam pluribus adductis Fuſar. *d. q. 157. n. 38* Angelus Matthæac. *lib. 1. de legat. & fideicommiſ. c. 12. circa fin.* verſ. *Decimo excipitur.*

91 ¶ Lo vltimo, conque en la eſpecie de la *l. penult. C. de impub. & aliis ſubſtit.* que es la de nueſtro pleyto, no ſe juzgan el vn hermano al otro ſubſtituydos reciprocamente, ſed potius, que el padre quiſo conſeruar entre ellos la ſuceſsiō abinteſtato, vt diximus ſup. n. y ſupueſto que en nueſtro caſo por obſeruarſe en la villa de Linares el fuero de Cuenca el vn hermano al otro ſe ſucedia abinteſtato en los bienes troncales, y que la madre en ellos no tenia derecho alguno para ſucederles, ceſſa toda duda, vt animaduertimus ſup. n. y no ſe aplica tampoco la queſtion deſta opoſicion, pues doña Iuana de Godoy en los bienes troncales de ſus hijos no tenia legitima alguna, ni derecho de ſuceder, & conſequenter, no ay q̄ diſputar, ſi por la tacita pupilar ſe le podia, o no priuar de la legitima, pues no la tenia en los bienes troncales.

Reſpueſta al ſegundo medio.

92 ¶ El fundamento de los Abogados contrarios para el ſegundo medio es en aquellas palabras de la ſubſtitucion, ibi: *Si los dichos mis dos hijos murieren ſin edad de teſtar, ó de ellos no quedare ſuceſsion*: porque dizē, que el teſtador preuino dos caſos, el vno de morir ſus hijos en la pupilar edad, y el otro de morir deſpues ſin ſuceſsion, y que para en ambos ſubſtituyó a D. Iuana de Godoy ſu muger, y vino a ſer vna ſubſtitucion compendioſa, ex Bald. *conſ. 373. lib. 2.* Caſtrenſ. *conſ. 44. lib. 2. & aliis.*

93 ¶ Pero en los terminos de las miſmas palabras otros muchos han reſuelto, que ſolo viene a ſer eſta vna ſubſtitucion pupilar, vt per text. *in c. ſi pater, de teſtam. lib. 6.* cenſuerūt Bart. *in l. centurio, nu. 17. ff. de*

vulg.

vulg. & ibi Alex. *n.* 27. Socin. Sen. *n.* 4. Iaſ. *à nu.* 33. Alciat. *n.* 11. Caſius, *n.* 4. & 5. Cuman. *conſ.* 125. Mantic. *de coniect. lib.* 11. *tit.* 1. *lib.* 3. Menoch. *lib.* 4. *præſum. p.* 34 *n.* 18. his & alijs adductis Fuſar. *de ſubſtit. q.* 111. *nu.* 1. *qui n.* 3. cum hac opinione reſidet.

94 ¶ Pero quando dieramos que fueſſe ſubſtitucion compendioſa, no es dudable que ſe hizo con palabras directas, porque lo ſon illa verba: *los aya y herede*, cum hæreditarium titulum tribuant, iuxta text. *in l.* 1. *§.* 3. *l. his verbis* 48. *ff. de hæred. inſtit.* & tradita per Bart. *in l. Centurio, n.* 15. 38. *&* 43. *ff. de vulg.* quem ibi cæteri ſecuntur Craſ. *in §. ſubſtitutio, q.* 4. Intrigliol. *de ſubſtit. centur.* 3. *q.* 11. *fere per totam.*

95 ¶ Y en terminos de la palabra *herede* lo reſolvieron Cuman. *conſ.* 2. *n.* 8. Iaſ. *in d. l. Centurio in fin.* Peregr. *de fideicom. artic.* 34. *n.* 49.

96 ¶ Y quando la ſubſtitucion compẽdioſa ſe haze verbis directis, la mas cierta y recibida opinion es, que poſt pubertatem euaneſcit, & ſubſiſtere nõ poteſt, non ſolum iure directo, ſed nec vti fideicommiſſaria, vt apertiſsimé probatur ex text. *in l. verbis* 7. *ff. de vulgar.* ibi: *Verbis ciuilibus ſubſtitutionem poſt* 14. *annũ ætatis fruſtra fieri conuenit, l. in pupillari* 14. *ff. eod. §. maſculo, §. vlt. Inſt. de pupil. ſubſtit.* & per argumentum ab ſpeciali colligitur etiam *ex l. Centurio, ff. de vulg. l. Scæuola* 76. *ff. ad Treb l. generaliter, §. ſi quis ſeruo, ff. de fideic. liber.*

97 ¶ Et in ſpecie tradunt gloſ. *vlt. in d. l. verbis ciuilibus*, & ibi Bald. *n.* 1. Aret. *n.* 1. Caſtrẽſ. *n.* 3. & Iaſ. *n.* 2. *gloſ. etiam in d. l. Centurio*, verb. *dumtaxat.* & ibi Bart. *n.* 16. Bald. 1. *poſitione*, Angel. *n.* 4. Aretin. *n.* 8. Imol. *n.* 10. Alex. *n.* 70. Iaſ. Rip. Bologne. & alij, Ant. Gom. *tom.* 1. *var. c.* 7. *n.* 4. *circa med.* D. Couarr. *in c. Ratiuntius de teſtam. §.* 9. *n.* 15. Craſ. *in §. ſubſtitutio, q.* 71. *nu.* 4. vbi teſtatur eſſe magis communem opinionem, Gallus, *de except. ſucceſſ. tit.* 4. *except.* 22. *n.* 56. *p.* 2. Intrigliol. *de ſubſtit. cent.* 3. *q.* 10. vbi in fine ait eſſe communiſsimã opinionem, *& q.* 11. *nu.* 8. Guid. Pap. *deciſ.* 534. Seraphin. *deciſ.* 409. *n.* 1. 11. *&* 12. Y aunque Fuſar. en la *q.* 245. parece ſe inclina a la contraria opinion, reconoce la nueſtra por mas comun.

98 ¶ Et ex theoricis eandem noſtram ſententiam

tiani defendunt Alciat. *lib.* 1. *paradox. c.* 5. Conan. *lib.* 10. *cõment. c.* 8. *n.* 9. Duaren. *ad tit. ff. de valg. c.* 10. & 23 Vultei. *in princ. Inst. de pupil. n.* 7. Goucan. *in d. l. verbis ci uilibus* 7. *n.* 4. Petr. Greg. *lib.* 42. *syntagmat. c.* 22. *nu.* 10. & 11. Cuiat. *lib.* 11. *obseruat. c.* 25. Fachin. *lib.* 4. *cõtrou. c.* 44. Ioan. Vandus, *lib.* 2. *var. q.* 12. *per tot.* Ant. Fabr. *lib.* 15. *coniect. c.* 12. & alijs adductis Osuald. ad Donel. *lib.* 7. *c.* 17. *lit. E.*

99 ¶ Losquales satisfazen a la dicha *l. Scæbolla* 76. *ff. ad Trebel.* y a los demas textos y fundamentos que se suelen traer por la opinion cõtraria, retorziẽdolos antes contra ella, con consideraciones que no repetimos, por no alargar mas este papel.

100 ¶ Y nuestra opinion parece se aprouò por la *l.* 12. *tit.* 5. *p.* 6. ibi: *Mas si muriere despues de esta edad, entonces el substituto no heredará ninguna cosa.* Y aũque parece, que luego en el versiculo siguiẽte lo limitó, si la substitucion compendiosa se hizo sub illa conditione: *E quando quier que el muera sin fijos*, hablò en caso que la substitucion no se hizo verbis directis, sed communibus, ibi. *Dexole por substituto en su lugar a fulano*, que estas pueden obliquarse, y son aptas para comprehender la substitucion fideicomissaria, y huuo tambien alli la palabra *quandocumque*, vt animaduertit D. Couart. *in d. c. Rainuntius* §. 9. *n* 16. y que no se expressò la edad pupilar como en nuestro caso, circunstancias que le varian totalmente.

101 ¶ Sed quamuis contraria opinio admitteretur, adhuc intentioni partis aduersæ nõ posset suffragari, porque en quanto a las legitimas estas nunca se juzgan grauadas por el fideicomisso, y disposicion general del padre, aunque graue al hijo, vt restituat ei tam hæreditatem, vel omnia, & singula bona: porque sin embargo de ser las palabras tan vniuersales, no se juzga q̃ quiso comprehender las legitimas, ni estas quedan grauadas, ni el hijo prejudicado, quãuis paternam adeat hæreditatem, & eius agnoscat voluntatem, como lo resuelven por muchos fundamentos, Socin. Sen. *consil.* 199. *n.* 3. *lib.* 1. Cephal. *consil.* 188. *n.* 29. *lib.* 2. Bursat. *consil.* 92. *n.* 11. *lib.* 1. Pereg. *consil.* 67. *n.* 11. *lib.* 1. & *de fideicomm. art.* 36. *nu.* 81. 82. & 83. *qui*

n. 81. *circa fin.* post Guid. Pap. *decis.* 427. ampliat etiã si filius iurasset obseruare contenta in testamẽto materno. Ant. Gom. *var. tom.* 1. *c.* 11. *n.* 25. Ant. Gab. *tit. de legit. concl.* 1. *n.* 4. Cras. *in §. legitima, q.* 38. *n.* 4. Mãtic. *de coniect. lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 3. *& sequent.* Menoch. *lib.* 4. *presumpt.* 126. *à n.* 20. & plures alios referens videdus Fusar, *de subst. q.* 296. *à n.* 28. *vsque ad* 44. donde junta casi todos los fundamentos, que por esta opinion ay, y satisfaze a los contrarios, D. Castill. *lib.* 5. *c.* 107 *à nu.* 58. *vsque ad* 62. vbi ampliat etiam si plus legitima filio sit relictum, Merlin. *de legit. lib.* 3. *tit.* 2. *q.* 7. *nu.* 1. *& tribus seqq. & q.* 8. *à n.* 6. *& latius q.* 9. *n.* 5. *& pluribus seqq.*

102 ¶ Et licet claré & specificé las hujera grauado, y querido cõprehender en la dicha substitucio sus legitimas de D. Bartolome Mancebo su hijo, que fue en el que se pretende pudo verificarse la substitucion cõpendiosa, o fideicomissaria, es cierto q̃ fuera nulo ipso iure el grauamẽ y fideicomisso puesto en ellas *ex l. quoniam in prioribus, l. scimus in princ. & in §. sancimus, C. de inoffi. testam. l.* 17. *tit.* 1. *l.* 1. *& 4. tit.* 11. *p.* 6. & vtro bique notat D. Gregor. laté Roder. Suar. *in d. l. quoniã in priorib. ampliat.* 2. *& 10.* D. Molin. *lib.* 2. *c.* 1. *á n.* 29. & ibi Addition. Menchac. *de succes. creat. lib.* 1. *§.* 10. *in repetit. d. l. quoniam in priorib. à n.* 271. *vsque ad* 278. laté D. Castill. *lib.* 5. *c.* 64. *n.* 29. *& plurib. seqq. & c.* 107. *n.* 36. *cum seqq.*

103 ¶ Aunque se le dexe al hijo mucho mas q̃ su legitima, *Authent. vt licet matri, & auiæ*, vers. *Primo. colla.* 8. Ant. Gom. *to.* 1. *c.* 11. *n.* 27. vers. *Sed his nõ obstãtibus.* D. Castill. *d. c.* 64. *& feré per totum.*

104 ¶ Y aunque no lo contradiga, ni impugne mientras viuiere, porque como ipso iure grauamen ex legitima reiicitur, & pro nõ appositio habetur, no basta la taciturnidad del hijo, y es necessario q̃ especifica, y indiuidualmente lo consienta, *ex l. si quando, §. et generaliter, C. de inoffic. testam.* Salicet. *in d. l. scimus, nu.* 4. & ibidem laf. *n.* 2. *C. eodem*, Mantic. *de coniect. lib.* 7. *tit.* 8. *n.* 9. *& 10.* late Roder. Suar. *in d. l. quoniam in priorib. ampliat.* 10. *á n.* 1. *vsque ad* 12. Menchac. *d. §.* 10. *n.* 254. *& 522. & 523. & in d. l. scimus, n.* 1. Ant. Gom. *tom.* 1. *c.* 11. *n.* 25. optimé Fachin. *lib.* 12. *controu. c.* 19. D. Castill. *lib.* 5. *c.* 107. *n.* 38. *& 39.*

Lo

105 ¶ Lo qual aun procede cõ mayor razõ quã do el grauamen non consistit in quantitate, porq̃ se le dexó a el hijo toda la legitima, sed in qualitate, por q̃ se le grauò con fideicomisso, aut alio onere, porque en esto nulla absque dubio petitio, seu declaratio filij est necessaria, Roder. Suar. *d. ampliat. 10. n. 2. 5. & S. & ibi* Baldesius, láte D. Castill. *d. c. 64. n. 66. & 67. & d. cap.* 107. *n.* 40. *& 41.*

106 ¶ Y en nuestro caso aun ay otra circunstancia particular, porque don Bartolome Mãcebo muriò de diez y seis años, conque aunque quisiera por ser menor no pudiera cõsentir sin autoridad de Iuez, y las demas solẽnidades necessarias el grauamen de su legitima, por juzgarse como genero de enagenaciõ, y grauamen Real, vt per tx. *in l. magis puto, §. fundum, l. 1. §. fin. l. si pupillorum 7. §. vlt. ff. de rebus eorum,* & alia iura tradũt in terminis Alex. *cõs. 8. n. 17. lib. 3.* Card. Tusch. *lit. L. cõcl.* 214. *n.* 56. D. Castill. *d. lib.* 5. *c.* 107. *n.* 47. *& seqq.*

107 ¶ Y si se pretendiere, q̃ ya q̃ en las legitimas no pudiesse tener lugar la substitucion compẽdiosa, o fideicomissaria, por lo menos lo ha de tener en el quinto de que el padre podia libremente disponer en fauor de qualquier estraño. Se responde. Lo vno, q̃ esto solo pudiera proceder, y tener lugar en caso q̃ distinta y separadamente se huuiera hecho la substitucion para el quinto: pero quãdo el grauamen, o substitucion se pone como en nuestro caso indistintamente a todos los bienes, & sic juntamente y sin distinciõ a las legitimas y al quinto, en todo se vicia el grauamẽ, y substitucion, adeo, q̃ ni aun se sustenta en el quinto, en q̃ aliás separadamente se pudiera grauar al hijo, porq̃ no se puede scindir, ni separar la disposicion, sed aut in totũ valere, aut in totũ vitiari debet, argum. tx. *in l. qui duobus, ff. de condit. & demonstr.* ibi: *Verius est, vt conditionem scindere non possit, ne legatum scindatur, l. 1. §. sciendum, ff. de separat. l. 1. & 2. ff. de adquir. hæred.*

108 ¶ Et per text. *in l. suus quoque, ff. de hæred. instit. l. si pater, C. de instit. & substit. l. quoniã in prioribus, C. de inoffic. testam.* & alia iura tradunt in terminis Alber. *in d. l. quoniam in priorib. in princ.* vbi etiam Bald. *n. 1. & 2. C. de inoffic. testam.* Bald. & Angel. *in d. l. suus quoque,* late Socin.

cons.

conf.97.& 98.lib.3. & alij plures cõgestis à Peregr. *de fideicom.art.43.à n.63.* D.Molin. *lib.2.c.1.n.32.*

109 ¶ Et quidquid iure cõmuni esset, oy por derecho de nuestro Reyno no tiene duda esta resolucion, *ex l.9.* & clarius *l.11.* vers. *Pero si el padre. tit.4.p.6.* donde claramẽte se dispone, que en todo se repela y quite el grauamen, cõprobant laté. D. Gregor. *in d.l.11.tit.4 p.6.* verb. *no le empece.* vers. *Oportet ergo.* Menchac. *de succes. creat. lib.1.§.10. in repetit. l. quoniã in prioribus, à n.345* Peralt. *in l.1.n.12.& 13.ff. de leg.2.* D. Molin. elegãter *lib.2.c.1.à n.29. cum seqq.* notabiliter Auend. *in d.l.27.* Taur. *gl.1.n.10* tradunt P. Molin. *de iustit. & iur. tract.2. disp.177. in fin.* vers. *Controuertunt præterea.* & vers. *Lex Castellæ.* Azeued. *in d.l.11.tit.6.lib.5. nouæ compil.nu.17.* Angul. *in d.l.11. gl.3.n.2.& 3.* Ioan. Gutier. *lib.3. pract. q.58.n.10.* Zeuall. *pract.q.711.n.8.& 9.*

110 ¶ Lo otro, que conforme al fuero de Cuenca obseruado en la villa de Linares tienen su derecho cierto, y llamamiento para suceder en los bienes troncales del que muere abintestato, los parientes de aquel tronco y linea, del qual no les pudo priuar Pedro Mãcebo padre de don Bartolome, aunque quisiesse cõ ninguna substitucion que hiziesse, vt ex pluribus obseruauimus sup.n. y quando aquella comun resolucion pueda tener alguna duda en la substitucio pupilar, por juzgarse testamento del hijo, y que no muere abintestato, no la tiene, ni puede tener en la fideicomissaria de que tratamos, por auer muerto don Bartolome fuera de la pupilar edad, porque en esta substitucion proceden sin dificultad todos los fundamentos y razones de aquellos Doctores, y assi, ni en la legitima, ni en el quinto de los bienes troncales puede tener lugar la substitucion.

111 ¶ Conque por todos caminos viene a estar assegurada la justicia destas partes, y es notoria para q̃ se confirme la sentencia del inferior y su acõpañado. Prout speramus: Salva in omnibus D.D.V.C.

E. ff. D. P. Muñoz l. Iaverrocal. ff. E